

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DE LA COMPÉTENCE

DU

JUGE DES RÉFÉRÉS

DANS LES MATIÈRES

QUI NE RELEVENT PAS DE LA COMPÉTENCE
DU TRIBUNAL CIVIL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Lundi 4 Novembre 1912, à 3 heures

PAR

GEORGES OUDINET

Président : M. TISSIER, *professeur*

Suffragants : { MM. CHAVEGRIN, *professeur*
CARPENTIER, *professeur*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1912

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

**La Faculté n'entend donner aucune approbation ni
improbation aux opinions émises dans les thèses :
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.**

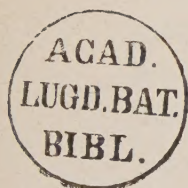
UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DE LA COMPÉTENCE DU JUGE DES RÉFÉRÉS

DANS LES MATIÈRES
QUI NE RELÈVENT PAS DE LA COMPÉTENCE
DU TRIBUNAL CIVIL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS
sera soutenu le Lundi 4 Novembre 1912, à 3 heures



PAR

GEORGES OUDINET

Président : M. TISSIER, *professeur*
Suffragants : { MM. CHAVEGRIN, *professeur*
CARPENTIER, *professeur*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1912



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Le Code de procédure civile a consacré dans ses articles 806 et suivants la procédure du référé.

Déjà usitée dans l'ancien droit, cette procédure n'eut, au lendemain de la promulgation du Code de procédure civile, que des applications assez restreintes.

Mais, au cours du xix^e siècle, elle a pris, dans les grands centres, un développement considérable, principalement au Tribunal de la Seine, sous l'impulsion des présidents de ce tribunal, au nombre desquels il faut citer, en première ligne, le président Debelleye.

Les articles du Code de procédure, rédigés à une époque où l'institution du référé était encore bien modeste, n'ont pas tardé à ne plus répondre aux besoins de la pratique et à l'extension de la juridiction.

Ils sont beaucoup trop laconiques, et, d'autre part, on a justement reproché aux auteurs du Code de procédure de s'en être trop rapportés « au discernement et à la probité du président (1) ».

(1) V. Garsonnet et César Bru, *Procédure civile*, t. VIII, p. 284).

Il en est résulté de nombreuses controverses en doctrine et de fréquentes contradictions dans les décisions de jurisprudence. Toutefois, dans les matières civiles, la pratique ne s'est jamais trouvée en présence de difficultés insurmontables, ainsi que l'atteste d'ailleurs le magnifique développement pris dans le domaine civil par cette institution.

Mais les avantages que présente le référé, et la faveur dont il jouit justement, devaient amener la doctrine et la pratique à se demander si le bénéfice de la juridiction du référé avait été réservé par la loi aux seules juridictions civiles de droit commun, ou si, au contraire, il ne devait pas être étendu, d'une part, aux juridictions civiles d'exception, d'autre part, aux actes de l'administration qui lèseraient des particuliers.

Sur cette extension possible de la juridiction des référés aux tribunaux d'exception, d'une part, et d'autre part, aux matières administratives, la controverse subsiste encore entière aujourd'hui. Il nous a paru intéressant de la reprendre en détail et de rechercher la valeur des raisons qui ont amené la pratique à produire, en fait, l'usage du référé devant les tribunaux de commerce et les juges de paix, et à ne l'admettre que très timidement au regard de l'administration. Nous estimons, en effet, que le référé devrait être admis devant les tribunaux de commerce et les justices de paix et que si, en matière adminis-

trative, le principe de la séparation des pouvoirs fait obstacle à l'admission du référé, il y a lieu, du moins, de préciser nettement ce qu'il faut entendre par ce que l'on désigne sous l'expression de « matières administratives » protégées par le principe de la séparation des pouvoirs.

TITRE PREMIER

Le référé devant les juridictions civiles d'exception.

CHAPITRE PREMIER

TRIBUNAUX DE COMMERCE

Avant de rechercher si le juge des référés est ou non compétent en matière commerciale, il y a lieu de préciser les intérêts de la controverse. Ces intérêts se manifestent principalement sous les rapports suivants :

1° Les ordonnances de référé sont de plein droit exécutoires par provision, nonobstant appel, aux termes de l'article 809 du Code de procédure civile ; il y a au contraire controverse sur l'exécution provisoire des jugements des tribunaux de commerce frappés d'appel (1) ;

(1) Voy. notamment sur cette controverse Lyon-Caen et Renault : *Précis de droit commercial*.

2° Même si l'on admet que les jugements des tribunaux de commerce sont de plein droit exécutoires par provision, nonobstant appel, les juges ont toujours la faculté d'imposer une caution. Pour les ordonnances de référé, l'exécution a toujours lieu sans caution (art. 809, C. pr. civ.), si le juge n'en a pas ordonné autrement ;

3° Le juge des référés peut ordonner l'exécution de son ordonnance sur minute (art. 811, Code pr. civ.). Les tribunaux de commerce n'ont jamais ce pouvoir pour leurs jugements ;

4° A la différence des jugements des tribunaux de commerce, rendus par défaut, les ordonnances de référé, rendues par défaut, ne comportent pas l'opposition (art. 809, C. pr. civ.) ;

5° Le délai d'appel est de quinze jours en matière de référé, et de deux mois en matière commerciale, sauf exception.

6° Enfin, l'appel des jugements des tribunaux de commerce n'est pas possible pendant les huit jours qui suivent le prononcé.

Au contraire, on peut interjeter immédiatement appel de l'ordonnance de référé (art. 809, C. pr. civ.).

Nonobstant ces différences importantes, qui font apparaître tout l'intérêt qu'il y aurait à admettre le référé en matière commerciale, la jurisprudence s'est définitivement ralliée au système qui déclare le juge

des référés incompétent pour statuer en matière commerciale (1).

Elle fait valoir :

1^o que le juge du fond est seul compétent pour statuer sur le provisoire. Or, le tribunal civil étant incompétent pour juger au fond les matières commerciales, le juge des référés se trouve, par là même, incompétent pour connaître des mesures provisoires et d'urgence en matière commerciale ;

2^o La procédure des référés se justifie par les lenteurs de la justice civile. Elle est, dès lors, sans intérêt dans la procédure commerciale, qui est d'ordinaire très rapide ;

3^o Enfin, il a été pourvu, au cas d'urgence, en matière commerciale, par les art. 417, 418, 439 du C. de pr. civ. Ces textes se suffisent à eux-mêmes.

Ce système absolu comporte une variante qui consiste à distinguer entre la possibilité du référé et le magistrat compétent pour exercer le rôle de juge des référés (2).

On admet que le référé est possible en matière commerciale, mais on conteste la compétence du

(1) Cass. 1^{er} décembre 1880, S. 81. 1. 147. D. 81. 1. 5 ; — 25 juillet 1895, S. 95. 1. 333. D. '96. 1. 180 ; — Bordeaux, 13 août 1906, S. 1907. R. 92 ; — Debelleyne, *Ordonnances sur requêtes et référés*, t. I, p. 389 ; — Girard, *des référés sur placet*, p. 151 ; — Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. I, n^o 419 bis.

(2) Bertin, *Ordonnances sur requête et référé*, t. 1, n^o 218 et ss.

juge civil. Ce serait le président du tribunal de commerce, ou le juge de commerce par lui délégué, qui aurait seul compétence pour connaître des référés introduits en matière commerciale.

Il en serait ainsi, car l'art. 807 du C. pr. civ. parle du « président du tribunal de première instance », et le président du tribunal de commerce est président d'un tribunal de première instance au même titre que le président du tribunal civil. Dès lors, ceux qui soutiennent que le président du tribunal civil peut seul être juge des référés «..... » ajoutent à la loi une seconde condition qui n'y est pas, en mettant à la suite des mots « président du tribunal », le mot « civil » qui ne s'y trouve pas (1) ».

A l'appui de cette idée, on ajoute qu'on chercherait vainement dans les différents articles du titre des référés, et aussi dans l'exposé des motifs, la manifestation de cette pensée que les rédacteurs du Code de procédure civile ont voulu attribuer privativement aux seuls présidents des tribunaux civils la juridiction des référés.

Cette doctrine ingénieuse reste isolée. On a fait remarquer que si aucun texte du Code de procédure civile n'attribuait formellement compétence au président du tribunal civil pour les référés, des textes postérieurs avaient nettement précisé l'intention du lé-

(1) Bertin, *op. et loc. cit*

gislateur à cet égard. Il suffit, en effet, de se reporter au titre II du Décret du 30 mars 1808, pour voir qu'en visant le tribunal de première instance, le législateur n'a eu en vue que les tribunaux civils. La mention des avoués, dans de nombreux articles, suffirait à le prouver. D'autre part, l'art. 57 dudit décret indique, sans rien spécifier, que le président du tribunal tiendra les référés : il ne peut s'agir que du président du tribunal civil, puisque le décret a été rendu uniquement pour régler l'organisation intérieure des tribunaux civils, et que les lois sur les tribunaux de commerce sont postérieures.

Ce système intermédiaire étant écarté, la question se pose donc dans des termes très simples entre les deux systèmes absolus dont l'un affirme et l'autre nie la compétence du juge des référés en matière commerciale.

Les arguments fournis en faveur du système de l'incompétence ne sont nullement concluants.

L'argument principal, qu'on retrouve le plus souvent dans les décisions de jurisprudence, est que le juge du fond est seul compétent pour statuer sur le provisoire (1); ce qui revient à dire que, le tribunal civil étant incompétent pour juger au fond une

(1) Voy. notamment, Cass., 1^{er} décembre 1880. S. 81. 1. 147; — Paris, 19 janvier 1882. S. 83. 2. 127; — Cass., 25 juillet 1895. S. 95. 1. 333, D. 96. 1. 180.

affaire commerciale, son président doit l'être aussi pour statuer sur elle en référé.

Mais la juridiction des référés constitue une juridiction distincte qui a son principe et sa raison d'être dans la situation spéciale créée par l'urgence. Il en résulte que ce n'est pas comme président du tribunal civil que le président statue en référé. Il statue comme un juge spécial, investi d'un pouvoir exceptionnel, et sa compétence résulte, non pas du caractère commercial ou civil du litige, mais de l'urgence. Dès qu'une affaire est urgente, sans qu'il y ait à distinguer si elle est civile ou commerciale, le président du tribunal civil est compétent pour en connaître provisoirement. Il tient ses pouvoirs de l'art. 806, C. pr. civ., qui, en vue de l'urgence, a créé à la fois une juridiction et une procédure spéciales.

Les autres arguments produits en faveur de l'incompétence sont encore moins décisifs.

Il peut être exact en théorie de prétendre que la procédure commerciale étant plus rapide que la procédure civile, le référé ne présente pas la même utilité dans les affaires commerciales. Mais la pratique ne répond pas à la théorie. Les affaires commerciales se jugent en fait lentement, surtout dans les tribunaux de commerce importants. Ainsi, à Paris, les juges consulaires ne siègent que tous les quinze jours. Dans la plupart des cas, ils nomment un arbitre ou un juge rapporteur, et, pour le jugement des moindres

affaires, il faut compter trois à quatre mois. Avec le référé, il est possible d'obtenir une décision en quelques jours, voire même en quelques heures. Et le référé ne présente pas seulement l'avantage de la rapidité, ainsi que nous l'avons établi plus haut (1).

Il est inexact, d'autre part, de prétendre que les art. 417, 418 et 439, C. pr. civ., pourvoient aux cas d'urgence en matière commerciale. Il suffit de se rapporter à ces textes pour se rendre compte qu'ils s'occupent des affaires requérant célérité et non pas des affaires urgentes. Or, c'est une erreur que de confondre les affaires urgentes avec les affaires requérant célérité.

Dans l'exposé des motifs du Code de procédure civile, le tribun Réal s'explique en ces termes au sujet de l'urgence : « Quelques personnes ont paru
« craindre qu'il ne fût facile d'abuser des cas d'ur-
« gence dont parle la première partie de l'art. 806, et
« de faire porter, sous cette dénomination, à l'hôtel
« du président, où à l'audience des référés de l'art. 807,
« des contestations qui devraient être portées à l'au-
« dience du tribunal. Nous croyons que cette inquié-
« tude n'est pas fondée, et que, sans rappeler la longue
« nomenclature des cas prévus par l'édit de 1685, la
« loi s'explique assez clairement, en n'attribuant à
« l'audience des référés que les cas d'urgence ; le dis-

(1) Voy. *supra*, p. 5 et 6.

« cernement, la probité du président ou du juge délé-
 « gué feront le reste ; renvoyant à l'audience des con-
 « testations qui ne seraient portées à l'hôtel que par une
 « indiscrete et avide précipitation, il n'hésitera pas
 « à prononcer sur celles auxquelles le moindre retard,
 « ne fût-il que de quelques heures, peut porter un
 « préjudice irréparable..... »

De ce passage ressort cette idée exacte que l'urgence est une chose absolument contingente, qui varie suivant les milieux et doit être laissée à l'appréciation du magistrat. Telle affaire, réputée urgente, ne l'était pas au moment où a été promulgué le Code de procédure civile, parce qu'à cette époque les tribunaux étaient moins occupés que de nos jours. De même, telle affaire, qui est urgente à Paris, ne le sera pas en province, dans un petit tribunal où les affaires sont rares.

Mais l'urgence ainsi définie ne doit pas être confondue avec la célérité. L'urgence, dit M. Garsonnet, est plus que la célérité, «... c'est la nécessité qui
 « ne souffre aucun retard, le péril tellement immé-
 « diat, qu'aucune assignation, même à bref délai, ne
 « pourrait le conjurer... (1) »

La loi elle-même a fait la distinction. Tandis que, pour l'urgence, elle a créé la procédure du référé,

(1) Garsonnet, n° 2991. La jurisprudence décide que l'appréciation de l'urgence est une question de fait. Cass. 10 mai 1898. D. 98. 1. 388.

pour les affaires requérant seulement célérité, elle s'est contentée, dans les art. 72 et 404, C. pr. civ. :

1° De dispenser les parties du préliminaire de conciliation ;

2° D'autoriser l'assignation à bref délai avec permission du président ;

3° De substituer la procédure sommaire à la procédure ordinaire.

L'argument déduit des art. 417, 418 et 439 C. pr. civ. est sans valeur, puisqu'il apparaît, à la simple lecture, que ces textes s'occupent des affaires requérant célérité, et nullement des affaires urgentes.

Aucun des arguments produits en faveur de la thèse de l'incompétence n'est donc concluant, et, dès lors, la thèse de la compétence du juge des référés en matière commerciale doit être admise sans hésitation.

Elle est, en effet, conforme à la tradition historique. Un vieil auteur, Pigeau (1), rapporte que, l'Edit de 1685 n'ayant fait aucune distinction à cet égard, on admettait couramment, dans l'ancien droit, que l'on pouvait aller en référé devant le lieutenant civil pour toutes les affaires commerciales urgentes.

Dans le droit actuel, l'art. 57 du Décret du 30 mars 1808 dispose que « le président du tribunal

(1) Pigeau, *Procédure civile des Tribunaux de France*, t. I, p. 111.

« tiendra l'audience des référés à laquelle seront
 « portés tous référés, *pour quelque cause que ce*
 « *soit.* » Ce texte est aussi large que possible, et,
 comme l'art. 806, C. pr. civ., il n'apporte aucune
 restriction au pouvoir de juridiction du juge des ré-
 férés dans les affaires urgentes.

Il serait étrange d'ailleurs que le bénéfice accordé
 par le législateur aux affaires civiles urgentes ait été
 refusé aux affaires commerciales, qui, plus que toutes
 les autres, exigent une solution rapide. Par cela seul
 que le législateur ne s'est pas expliqué, il est mani-
 feste qu'il a entendu conserver la pratique antérieure
 que rapporte Pigeau (1).

Signalons que le dernier projet de réforme du Code
 de procédure civile déposé par M. le Garde des Sceaux
 Sarrien à la Chambre des Députés (séance du
 25 octobre 1898), reproduisant en ce point les dispo-
 sitions antérieures de la proposition de loi de
 MM. Brisson et Dupuy-Dutemps, porte, dans son
 art. 1, qu'il y a lieu à référé en matière civile ou com-
 merciale (*J. Off. Documents parlementaires*, Chambre
 des Députés, séance du 25 octobre 1898, Annexe
 n° 281).

(1) En faveur de notre opinion, V. Glasson et Tissier,
Procédure civile, t. I, p. 470 et ss. ; Bioche, *Dictionnaire de*
procédure, v° Référé ; Bazot, des *Ordonnances sur requête et*
sur référé, p. 182 et ss. Trib. de Tours, 5 nov. 1887 ; *Journal*
des Avoués, 1888, p. 61.

L'article 2 stipule que la demande soit portée à une audience du président du tribunal civil.

L'exposé des motifs s'exprime en ces termes :
«L'art. 1^{er} du projet, qui correspond à l'art. 806
« du Code de procédure civile actuel, dit qu'il y aura
« lieu à référé en matière civile ou commerciale. Cette
« mention des affaires commerciales n'existe pas dans
« l'art. 806 ; la procédure de référé applicable au ci-
« vil doit, *a fortiori*, s'étendre aux matières commer-
« ciales, qui exigent, en général, plus de célérité que
« toutes autres. Mais qui sera juge des référés en ces
« matières ? On a cru devoir admettre que ce serait,
« comme au civil, le président du tribunal civil ou
« un juge le remplaçant (art. 2). Pour juger en référé,
« il est nécessaire, en effet, d'avoir une connaissance
« approfondie du droit, et cette attribution ne pou-
« vait être donnée qu'à un magistrat de profes-
« sion. »

*Nature de l'incompétence du juge des référés en
matière commerciale.*

Le système de l'incompétence du juge des référés, admis par la jurisprudence, fait naître la question de savoir quelle est la nature de l'incompétence.

Quelques arrêts ont admis l'incompétence absolue que MM. Lyon-Caen et Renault soutiennent en ces termes : « Il ne s'agit pas d'une contestation pour laquelle le président du tribunal de commerce est

« compétent, mais d'une contestation pour laquelle
 « aucune juridiction n'est compétente, puisqu'il ne
 « peut y avoir de référé en matière commerciale (1). »

Dans ce système, il y aurait donc une incompétence qui tiendrait à l'ordre des juridictions, qui serait en conséquence d'ordre public et pourrait être invoquée en tout état de cause.

Ce système n'a pas prévalu dans la pratique, et la jurisprudence tend plutôt à admettre l'incompétence relative du juge des référés. Elle décide ainsi, par analogie du système couramment admis sur la nature de l'incompétence des tribunaux civils pour juger les affaires commerciales. On décide généralement que cette incompétence est relative ; donc, disent les arrêts, si l'incompétence du tribunal est relative, celle du président du tribunal ne peut être elle-même que relative (2).

D'où cette conséquence que, s'agissant d'une incompétence relative, elle doit, à peine de forclusion, être opposée *in limine litis* (3).

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. I, n° 419 *bis*, *Sic* de Pœpe, *Etudes sur la compétence civile*, t. I, p. 73. Voy. également en ce sens, Paris, 9 mai 1893, D. 93, 2, 337 ; Bordeaux, 26 juin 1899, S. 1900, 2, 250.

(2) En ce sens Cass., 17 juin 1884, S. 86. 1. 407, D. 84. 1. 416 ; Paris, 19 janvier 1882, S. 83, 2. 127 ; Toulouse, 11 janv. 1892, S. 93. 2. 17 et note de M. Tissier ; Paris 28 janv. 1893. S. 96. 2. 15 ; Glasson et Tissier, *op. cit.*, t. II. n° 1067 ; Garsonnet, t. VIII, § 2989.

(3) *Sic*, Paris, 28 janv. 1893, S. 96. 2. 15 ; 19 juin 1895, S. 96. 2. 15, D. 95, 2, 512.

Entre ces deux systèmes, nous inclinerions, si nous avions à prendre parti, pour le système de l'incompétence absolue. Si l'on admet, en effet, qu'il n'y a pas de référé possible en matière commerciale, personne ne peut être compétent pour connaître de ce référé que la loi ne connaît pas. Alors même que les parties seraient d'accord pour saisir le juge des référés, elles n'ont pas le pouvoir de conférer à un magistrat le droit d'exercer une juridiction qui n'existe pas.

L'analogie établie avec les tribunaux civils est, d'autre part, inexacte. Le juge des référés est compétent, non en raison du caractère de l'affaire, mais en raison de l'urgence. Les principes de sa compétence sont donc absolument distincts de ceux de la compétence des tribunaux civils, et aucune assimilation n'est possible.

CHAPITRE II

JUSTICES DE PAIX

Le premier argument que fournissent d'ordinaire les partisans de l'incompétence du juge des référés dans les matières relevant de la compétence des juges de paix, est un argument de fait. Le juge de paix, disent-ils, est à proximité des parties, tandis qu'au moins dans les campagnes, il faut aller parfois très loin pour trouver un tribunal civil.

Et d'ailleurs la loi et la pratique donnent aux parties la possibilité d'obtenir du juge de paix des avantages égaux, sinon supérieurs, à ceux que leur procurerait le recours à la procédure de référé.

C'est ainsi :

a) que dans les cas urgents, le juge de paix peut permettre de citer de jour à jour, et même d'heure à heure (art. 6, C. pr. civ.), faveurs identiques à celle que procure le référé.

b) Les parties ont, en tous cas, la faculté de se présenter volontairement devant le juge de paix, sans

assignation préalable, et dans ce cas, il doit juger leur différend, même s'il est incompétent *ratione loci* (art. 7, C. pr. civ.). C'est même là une faveur qui n'existe pas pour le référé ;

c) Le juge de paix peut toujours ordonner l'exécution provisoire de ses jugements sans caution, lorsque le taux de l'affaire ne dépasse pas trois cents francs, (art. 11 de la loi du 25 mai 1838) ;

d) S'il y a péril en la demeure, l'exécution provisoire peut être ordonnée sur la minute du jugement, avec ou sans caution (art. 12 de la loi du 25 mai 1838) ; faveur commune avec le référé ;

e) Le délai d'opposition contre les jugements des juges de paix n'est que de trois jours de la signification (art. 20, C. pr. civ.) ;

f) Enfin le délai d'appel n'est que d'un mois de la signification (art. 13 de la loi de 25 mai 1838).

En raison de toutes règles spéciales, les différences entre le référé et la juridiction des juges de paix seraient si minimes qu'il n'y aurait pas d'intérêt vraiment sérieux à admettre le référé en matière de justice de paix.

A ce premier argument, on ajoute que le Titre des Justices de Paix au Code de procédure civile se suffit à lui-même. Il forme un ensemble complet où tout est prévu : les formes de l'enquête, les descentes sur lieux, même l'urgence (art. 6, C. pr. civ.). Il n'y aurait donc pas lieu de compléter des textes qui se

suffisent en y introduisant des éléments étrangers.

Dans les affaires commerciales, le législateur a employé, au contraire, un procédé différent. Le Code de procédure au Titre des Tribunaux de commerce ne donne que les règles exceptionnelles relatives à ces juridictions. Pour le surplus, il s'en réfère au droit commun, c'est-à-dire à la procédure suivie devant les tribunaux civils. On peut donc admettre que, puisque la loi, dans l'art. 417, C. pr. civ., n'a édicté des dispositions spéciales que pour les affaires requérant célérité, il y a lieu, pour les affaires urgentes, d'appliquer les art. 806 et ss. du C. pr. civ., qui forment le droit commun pour les affaires urgentes. A l'inverse du Titre relatif aux Justices de Paix, le Titre relatif aux Tribunaux de commerce ne se suffirait donc pas à lui-même, et il n'y aurait, dès lors, aucune contradiction à adopter une solution différente dans les deux matières.

Les partisans de ce système soutiennent même qu'en matière de justice de paix, non seulement le référé n'offrirait pas d'avantages sérieux pour les particuliers, mais encore qu'il présenterait une infériorité par rapport à la procédure ordinaire.

Cette infériorité consisterait en ce que, lorsque le juge de paix statue, il rend en tous cas un jugement qui confère un droit au gagnant et qui ne peut être attaqué que par les voies de recours ordinaires ou extraordinaires. Au contraire, l'ordonnance de ré-

féré ne confère qu'un droit fragile, provisoire, qui ne forme jamais obstacle à ce que le litige soit soumis au juge du principal, qui peut décider sans tenir aucun compte de l'ordonnance de référé. En d'autres termes, à la différence du jugement du juge de paix, l'ordonnance de référé ne donne jamais l'exception de chose jugée, et même quand il y a eu acquiescement, le perdant peut toujours se pourvoir devant le juge du principal.

On ajoute enfin que la procédure de référé est assez onéreuse et qu'à ce point de vue également il y a avantage pour les parties à préférer la juridiction du juge de paix à celle du référé (1).

Cette argumentation ne nous paraît point décisive.

Tout d'abord, il est inexact de soutenir que la procédure suivie devant les juges de paix enlève tout intérêt au référé en matière de justice de paix. En effet, le référé présente des avantages que ne présente pas la procédure des justices de paix :

1° A la différence des jugements de justice de paix, les ordonnances de référé rendues par défaut ne sont pas susceptibles d'opposition ;

2° Le délai d'appel est de quinze jours pour les ordonnances de référé, au lieu de trente jours pour les jugements des juges de paix ;

(1) En faveur de cette opinion, Bertin, *op. cit.*, t. II, p. 430 ; Cass., 18 décembre 1872, S.73, 1,153. La pratique est en ce sens au Tribunal civil de la Seine.

3° L'appel d'une ordonnance de référé peut être interjeté de suite, sans attendre les trois jours qui suivront le prononcé du jugement ;

4° Enfin, les ordonnances de référé sont exécutoires par provision de plein droit, tandis que, pour les jugements des juges de paix, l'exécution provisoire doit être demandée, et elle peut être refusée.

Donc, même pour les matières relevant de la compétence des juges de paix, le référé peut présenter des avantages assez sérieux.

Les textes font-ils obstacle à ce qu'il soit admis en ces matières ? En aucune façon. Bien au contraire, l'art. 806 est général : « dans tous les cas d'urgence ». Toutes les hypothèses sont visées par ces termes, et cela est d'autant plus saisissant, fait remarquer Bazot, que les mots qui suivent « difficultés relatives à l'exécution d'un jugement » s'appliquent sans conteste aux jugements rendus par les juges de paix (1). Pourquoi en serait-il autrement dans l'hypothèse de l'urgence qui précède immédiatement et se trouve visée dans la même phrase ?

C'est en vain, qu'en présence de la généralité du texte de la loi, on soutient que le Code de procédure civile, dans le Titre consacré aux Justices de Paix, se suffit à lui-même. C'est là une pure affirmation qui n'a aucune justification dans les travaux préparatoires, pas plus que dans le contexte du Code de pro-

(1) Bazot, *Ordonnances sur requête et référé*, p. 137.

cédures. En effet, si l'on se reporte à ce Code, on voit que le Titre des référés est le Titre XVI du Livre V, intitulé : « De l'exécution des jugements », titre général par conséquent, et commun à toutes les juridictions.

L'argument tiré de ce que le Code a consacré un Livre spécial aux Justices de Paix n'a donc aucune valeur, puisqu'il a consacré aussi un Livre spécial aux Tribunaux inférieurs (Liv. II), un autre aux Tribunaux d'appel (Liv. III), et que, dans aucun de ces livres, ne se trouvent les textes relatifs à la juridiction des référés. Par suite, si cette juridiction fonctionne pour les juridictions visées dans les Livres II et III, pourquoi ne pourrait-elle pas fonctionner aussi pour la juridiction visée dans le Livre I ? Les Livres II et III se suffisent aussi bien à eux-mêmes que le Livre I, et, si la juridiction des référés est certainement possible pour les juridictions qu'ils visent, il n'y a pas de raison qu'elle ne le soit pas pour la juridiction organisée dans le Liv. I.

En réalité, par la place qu'il occupe au Liv. V sur l'exécution des jugements, le Titre des référés est applicable à toutes les juridictions indistinctement, comme les règles d'exécution posées dans les autres titres du même Livre.

Aussi, les seules raisons du système de l'incompétence qui aient quelque valeur, sont les raisons pratiques tirées :

1^o De ce que l'ordonnance de référé, à la différéence du jugement de paix, ne donne pas l'exception de chose jugée ;

2^o Que les frais à exposer en référé sont beaucoup plus élevés que ceux à exposer devant les juges de paix.

Mais ces considérations pratiques ne peuvent pas influencer sur la solution en droit.

C'est aux parties qu'il appartiendra d'apprécier, au mieux de leurs intérêts, la juridiction auprès de laquelle elles estimeront pouvoir trouver meilleure justice. L'importance des intérêts engagés, la confiance que leur inspirera le juge de paix et toutes autres considérations de même nature, seront autant de motifs qui les détermineront à opter pour une voie ou pour l'autre. Nous estimons, en effet, que le choix des parties entre les deux juridictions est absolument libre, et que leur intérêt seul doit guider leur choix.

S'il était besoin d'invoquer encore d'autres arguments en faveur de la compétence du juge des référés en matière de justice de paix, nous pourrions invoquer les textes spéciaux assez nombreux dans lesquels le législateur a formellement exclu la compétence du juge des référés pour donner compétence exclusive au juge de paix.

Ainsi, d'après l'art. 3 de la loi du 12 juillet 1905, les juges de paix connaissent sans appel jusqu'à

300 francs, et, à charge d'appel, à quelque valeur que la demande puisse s'élever : des actions en paiement de loyers ou fermages, congés, demandes en résiliation, expulsions de lieux... pourvu, que la location n'excède pas 600 francs par an. On admet que, dans les limites par lui tracées, ce texte a exclu la compétence du juge des référés, au profit du juge de paix (1).

De même, l'art. 4 de la loi du 15 novembre 1887, sur la liberté des funérailles, attribue compétence exclusive au juge de paix pour statuer sur les difficultés relatives aux funérailles, sauf faculté d'appel devant le président du tribunal civil.

L'art. 57, C. civ., modifié par la loi du 30 novembre 1906, sur la délivrance des extraits des registres de l'état civil, porte que, pour se faire délivrer copie de l'acte de naissance d'un tiers, il faut obtenir l'autorisation du juge de paix. En cas de refus du juge d'accorder l'autorisation sollicitée, l'art. 57 du C. civ., modifié par la loi de 1906, stipule que la demande sera portée devant le président du tribunal civil « qui statuera par ordonnance de référé (2) ».

(1) Voy. note de M. Tissier sous Paris, 1^{er} août 1890, S. 92, 2, 245.

(2) On s'accorde généralement à reconnaître que ce dernier membre de phrase est une erreur du législateur. Le Président du tribunal, dans l'hypothèse de l'article 57, statue, non sur référé, mais sur simple requête. Circulaire du Ministre de la Justice du 31 décembre 1906. *Lois nouvelles*, 1906, 3, 67. Tissier et Glasson, *op. cit.* Tome I, n° 445.

De même, les articles 8 et 15 de la loi du 30 avril 1906 sur les warrants agricoles, les art. 7 et ss. de la loi du 13 juillet 1907 sur le libre salaire de la femme mariée, ont donné compétence exclusive au juge de paix pour le règlement de toutes les difficultés qu'elles visent, et ce, à l'exclusion du juge des référés.

Le soin méticuleux apporté par le législateur à accorder, dans certaines matières spéciales, compétence exclusive au juge de paix en dehors du juge des référés, nous paraît un argument de plus en faveur de la théorie qu'en tous autres cas le juge des référés est compétent dans les matières de justice de paix. Il serait inutile de préciser que dans certains cas le juge de paix sera seul compétent pour statuer en référé, si, de façon générale, la juridiction de référé n'était jamais applicable aux matières relevant de la compétence des juges de paix. Si, dans certaines hypothèses, le référé est écarté, c'est que dans toutes autres non spécifiées il est possible (1).

(1) En faveur de la compétence, voy. Bazot, *op. cit.*, p. 187; Bioche, *Journal de procédure*, 1855, p. 119, art. 5851; Chauveau et Carré, t. VII suppl. *Quest.* 2863 quater; Tissier et Glasson, *op. et loc. cit.*; Garsonnet, *op. cit.* T. 8 *loc. cit.* Douai, 27 mai 1851, sous Cass. 18 décembre 1872, S. 73. 1. 13; Amiens, 22 décembre 1869, sous Cass. 18 décembre 1872, précité; Cass. 31 juillet 1889, S. 94, 1, 414, D. 91, 1, 323. Voy. aussi note de M. Tissier sous Paris, 1^{er} août 1890. S. 92, 2, 249.

Nature de l'incompétence du juge des référés en matière de justice de paix.

Nous retrouvons ici la même controverse que nous avons étudiée à propos des tribunaux de commerce. Si le juge des référés est incompétent pour les matières de justice de paix, quelle est la nature de son incompétence? Tient-elle à l'ordre des juridictions, en sorte qu'étant d'ordre public elle pourrait être invoquée et opposée en tout état de cause? Est-elle, au contraire, simplement relative, en sorte qu'elle ne pourrait être opposée avec succès qu'*in limine litis*?

Comme pour les tribunaux de commerce, si nous avons ici à prendre parti, nous inclinerions pour l'incompétence absolue du juge des référés, car si le référé n'est pas possible dans les matières de la compétence des juges de paix, aucun juge n'est compétent pour statuer sur référé en ces matières. Le juge qui statuerait néanmoins violerait donc l'ordre des juridictions, puisqu'il créerait une juridiction qui n'existe pas. Il y aurait là une question d'ordre public.

Il n'existe pas à notre connaissance de décision judiciaire qui ait statué sur la question.

CHAPITRE III

JURIDICTION ARBITRALE

La compétence du juge des référés, pour statuer en cas d'urgence sur les contestations qui, au fond, ont fait l'objet d'un compromis, n'a jamais été contestée (1).

La Cour de Douai a décidé que cette compétence existait alors même qu'un tribunal arbitral avait déjà été constitué entre les parties, alors du moins que la difficulté soumise au juge des référés n'était pas un incident de l'instance suivie devant les arbitres, mais se référait à une simple mesure de précaution réclamée par l'une des parties avant que les arbitres aient été saisis du différend (2).

(1) Voy. en ce sens Nancy, 6 juillet 1850, S. 51, 2, 15, D. 5, 2, 112. — Thiercelin, *Revue pratique*, t. III, p. 433 et t. IV, p. 92 ; Bazot, p. 182 et ss.

(2) Douai, 20 janvier 1852, S. 52, 2, 237 ; D. 53, 2, 54.

TITRE II

Le référé en matière administrative.

CHAPITRE PREMIER

IMCOMPÉTENCE DU JUGE DES RÉFÉRÉS EN MATIÈRE ADMINISTRATIVE. — FONDEMENT JURIDIQUE DE CETTE INCOMPÉTENCE

Est-il possible de recourir à la procédure des référés en matière administrative? La question présente un intérêt plus considérable encore que pour les juridictions civiles d'exception que nous venons d'étudier dans le Titre I^{er}. Sans doute, l'existence de ces juridictions ne supprime pas l'intérêt du référé, mais comme, en définitive, elles tendent, ainsi que le référé, à la sauvegarde des intérêts privés, le référé ne possède pas sur elles d'autres avantages bien marqués que la rapidité de décision.

En matière d'administration, au contraire, le référé est la seule institution qui apparaisse comme de nature à sauvegarder et à protéger les intérêts particuliers contre les prétentions de l'administration, qui souvent, peu soucieuse des droits individuels, porte injustement atteinte aux propriétés privées. Il serait donc spécialement indispensable que les particuliers eussent à leur disposition une procédure rapide, qui leur permît de faire cesser ces entreprises. «S'il
« est une matière » — dit à ce sujet Chauveau, — « où
« le référé produirait de véritables bienfaits, c'est à
« coup sûr celle des travaux publics..... Un particu-
« lier voit sa propriété envahie, des ouvriers y
« mettent la pioche, font tomber les murs, enlèvent
« les matériaux ou la couvrent de débris, et il n'y
« aurait aucun moyen de faire constater l'état des
« lieux..... En vérité, cela n'est pas possible, et il faut
« croire, plutôt que d'admettre de pareilles consé-
« quences, que, si le législateur n'a point parlé,
« c'est que les principes généraux de notre droit lui
« ont paru suffire pour sauvegarder les intérêts des
« justiciables (1)..... » Ce que dit Chauveau à propos des travaux publics peut être appliqué à toutes les autres matières, dans lesquelles l'Administration se trouve en rapport avec les particuliers.

En effet, ce n'est pas seulement pour faire constater les états de lieux que le référé leur serait né-

(1) Chauveau, *Code d'Instruction administrative*, t. II, p. 166.

cessaire. Ce serait encore lorsqu'il s'agirait d'arrêter des travaux entrepris sans l'observation des formalités légales.

Ainsi, si l'Administration s'emparait d'une propriété privée sans l'observation des formalités prescrites par la loi du 3 mai 1841, le référé donnerait au propriétaire dépossédé un moyen rapide et commode de faire cesser cette entreprise illégale, contraire à la législation sur l'expropriation.

De même, en cas d'inobservation de la loi du 29 décembre 1892 sur l'occupation temporaire, le particulier dont la propriété a été indûment occupée par l'Administration, sans qu'il y ait eu arrêté préfectoral et état des lieux, pourrait trouver devant le juge des référés un recours beaucoup plus utile que celui que lui accorde le droit administratif devant le Conseil de préfecture.

A ces divers points de vue, et à bien d'autres encore, le référé serait donc plus utile en droit administratif qu'en droit privé.

Aussi, depuis déjà longtemps, on s'est demandé s'il n'y avait pas, en droit administratif, un référé spécial, distinct du référé de droit commun.

Cette question d'un référé administratif spécial s'est posée dès 1838 à l'occasion d'une décision rendue en référé par le doyen des conseillers de préfecture de la Seine.

Un propriétaire avait entrepris des travaux confor-

tatifs sur sa maison, frappée d'alignement. L'Administration demanda en référé devant le Conseil de préfecture la suspension des travaux, et cette demande fut accueillie par une ordonnance du doyen du Conseil de préfecture. Mais cette ordonnance fut annulée par le Conseil d'Etat, dont la décision à cet égard était ainsi conçue : «Considérant qu'aucune disposition de la loi ni du règlement n'autorise le doyen des conseillers de préfecture à rendre une décision en état de référé, et qu'il y a lieu d'annuler celle du 27 novembre 1833, dans l'intérêt de la loi (1)..... »

Les auteurs de l'époque approuvèrent cette décision (2) qui toutefois était trop générale, car dès 1838 il existait dans les lois administratives, des cas où l'on pouvait soutenir qu'il y avait véritable référé devant le préfet.

Ainsi l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII porte que «les procès-verbaux sur les contraventions de grande voirie seront adressés au sous-préfet, qui ordonnera par provision, et sauf recours au préfet, ce que de droit pour faire cesser le dommage. »

Il y a là un véritable référé devant le sous-préfet.

De même l'art. 50 de la loi du 21 avril 1810 sur les

(1) Conseil d'Etat, 27 novembre 1838.

(2) Dufour, *Traité de droit administratif*, t. II, p. 67, n° 63 (2^e édit.) ; Chauveau, *op. cit.* t. II, p. 60.

mines porte que, « si l'exploitation compromet la « sûreté publique, il y sera pourvu par le préfet, « ainsi qu'il est pratiqué en matière de grande « voirie. »

De même encore, l'art. 12 de la loi du 27 décembre 1857 sur les télégraphes dispose : « L'Administration pourra prendre immédiatement toutes « les mesures provisoires pour faire cesser les dommages résultant de crimes, délits et contraventions, « le tout ainsi qu'il est procédé en matière de grande « voirie. »

Dans ces diverses hypothèses, le préfet ou le sous-préfet statuent provisoirement et parce qu'il y a urgence. Leurs pouvoirs sont semblables à ceux du président du tribunal civil, et il y a par conséquent tous les éléments constitutifs d'une juridiction de référé spéciale au droit administratif.

Mais ces hypothèses n'étaient que très exceptionnelles, et en dehors, il n'était pas douteux qu'il n'y eût pas de référé possible en matière administrative.

La situation a duré ainsi jusqu'à la loi du 22 juillet 1889 qui a organisé la procédure devant les Conseils de préfecture.

Cette loi, dans son article 2, a mis fin à une situation qui était devenue intolérable. En effet, pour apprécier les dommages causés aux propriétés privées par les travaux publics, il est indispensable que les

Tribunaux administratifs connaissent l'état et la valeur exacte de ces propriétés avant le commencement des travaux, qui ont d'ordinaire pour résultat de les bouleverser totalement et de les rendre méconnaissables.

Dans la loi du 16 septembre 1807, le législateur avait bien pressenti la difficulté, mais ne l'avait que très imparfaitement résolue en n'autorisant une expertise que seulement après le commencement des travaux (art. 7 et ss.).

C'était là une mesure insuffisante, car l'administration faisait traîner les choses en longueur, et, en général, lorsque l'expertise intervenait, les travaux étaient plus que commencés : ils étaient largement avancés, sinon terminés. D'où une impossibilité presque constante pour les tribunaux d'apprécier convenablement l'étendue et l'importance des dommages.

Pour remédier dans la mesure du possible à cet état de choses défectueux, les Conseils de préfecture avaient bien essayé d'invoquer la notoriété publique à défaut d'expertise régulière.

Mais le Conseil d'Etat avait jugé que la preuve déduite de la notoriété publique n'était pas admissible, et que si les réclamants n'avaient pas fait constater régulièrement dans les termes des art. 7 et suiv. de la loi du 16 septembre 1807, c'est-à-dire au commencement des travaux, l'état des lieux, au-

cune indemnité ne pouvait leur être accordée.

Cette jurisprudence consacrait une injustice flagrante, puisque les particuliers n'avaient aucun moyen sérieux à leur disposition pour faire constater l'état de leurs propriétés. Dans l'opinion prédominante en doctrine, et certaine en jurisprudence, ils ne pouvaient user du référé civil, et toutes constatations faites à leur seule requête soit par experts, soit par huissier, n'avaient aucune valeur pour les tribunaux administratifs.

C'est cette lacune que l'art. 24 de la loi du 22 juillet 1889 a eu pour but de combler. Il faut reconnaître d'ailleurs qu'il ne l'a fait que dans une mesure très insuffisante.

Ce texte dispose que : « en cas d'urgence, le Président du Conseil de préfecture peut, sur la demande des parties, désigner un expert pour constater des faits qui seraient de nature à motiver une réclamation devant ce conseil. — Avis en est donné immédiatement au défendeur éventuel. »

Ce texte organise donc bien un référé administratif. Mais il apparaît à première vue que ce référé administratif n'a ni l'ampleur, ni l'efficacité d'un référé civil. Tout ce que peut faire le président du Conseil de préfecture, c'est d'ordonner un simple constat matériel qui servira à évaluer le dommage subi. Il ne peut rien faire au delà, et notamment ordonner aucune mesure dont le résultat serait de gê-

ner en quoi que ce fût la liberté de l'Administration dans l'exécution de ses travaux. La réforme est donc à la fois timide et insuffisante, mais aucun doute ne subsiste sur la volonté du législateur d'en limiter la portée. M. Clément, rapporteur de la loi au Sénat, a nettement déclaré qu'on n'avait pas voulu qu'en aucun cas, l'exécution des ordres donnés par l'administration pût être arrêtée (1).

Par suite, même après la loi du 22 juillet 1889, la question de savoir si le référé civil est possible en matière administrative demeure entière. Cette loi accorde bien la possibilité de faire dresser un constat, mais c'est là un remède bien insuffisant. Dans la majeure partie des cas, il serait bien préférable que les parties pussent non seulement faire constater le dommage qu'elles subissent du fait de l'Administration, mais encore prévenir ce dommage. Le droit administratif leur refuse tout moyen à cet égard. Ont-elles la faculté pour se défendre de s'adresser au juge des référés ?

Trois opinions ont été émises sur la question.

Dans un système soutenu principalement par Thiercelin (2), et suivi par quelques anciens arrêts (3), la

(1) Rapport Clément du 17 janvier 1889. *Journal Off.* du 6 février 1889. *Annexes* p. 1, n° 4.

(2) Thiercelin, *Revue pratique de droit*, t. III, p. 433 et t. IV, p. 92.

(3) Voy. notamment, Cass., 17 nov. 1852., S. et d. chr. Voy. aussi Montpellier, 9 nov. 1878, sous Cass., 22 juillet 1879. D. P. 80, 1, 174.

procédure du référé serait applicable aux matières administratives dans les termes de l'art 806. C. pr. civ.

Deux arguments sont produits à l'appui de ce système :

1° Il y a une nécessité pratique à cette compétence. En effet, le juge des référés n'est compétent que dans les cas où aucun autre juge ne peut être saisi, faute de temps. Si l'on dénie la compétence au juge des référés en matière administrative, il y aura des cas où il n'y aura pas de juge à la disposition des parties, en sorte que refuser d'admettre le référé en matière administrative, ce serait commettre un véritable déni de justice.

2° C'est vainement qu'on objecte le principe de la séparation des pouvoirs, car le juge des référés ne juge pas en réalité, il ne fait que maintenir l'état de choses existant, le *statu quo*, en attendant que le tribunal puisse juger, et par conséquent, il ne peut empiéter sur le domaine de l'Administration.

A côté de ce système est apparu un système mixte qui propose la distinction suivante :

S'il s'agit d'assurer l'exécution d'un acte administratif, le juge des référés est incompétent, car le principe de la séparation des pouvoirs est alors en jeu et ne tolère aucune ingérence de l'autorité judiciaire.

Si, au contraire, il s'agit seulement de réserver par des mesures préventives l'exercice des recours auxquels peut donner lieu l'exécution des actes adminis-

tratifs, ils serait excessif que les parties ne pussent pas, les droits de l'Administration étant réservés, faire ordonner par le président du tribunal civil toutes les mesures qui leur permettraient d'exercer plus sûrement leur recours en indemnité. En d'autres termes, le référé serait possible, mais seulement pour obtenir les mesures conservatoires nécessaires, telles que le constat des lieux (1).

Nous ne nous attarderons pas à discuter longuement cette opinion intermédiaire ; elle a eu son utilité et sa raison d'être dans la période antérieure à la loi du 22 juillet 1889, alors que la jurisprudence refusait aux parties le droit de s'adresser au président du Conseil de préfecture pour faire dresser les constats des lieux (2). Mais cette opinion n'a plus de raison d'être depuis que l'art. 24 de la loi de 1889 investit le président du Conseil de préfecture du droit d'ordonner en référé toutes mesures conservatoires.

Il ne reste donc plus en présence que les deux systèmes absolus : celui qui admet et celui qui rejette la compétence du juge des référés en matière administrative.

(1) Voy. en ce sens Debelleyne t. II, 3^e édit. p. 195 et ss. ; Bertin, *Dissertations insérées dans le Journal le Droit* des 23 mars et 12 juin 1857 ; Bioche, v^o *Référé*, n^o 89 et ss. ; Bazot, *op. cit.*, p. 197 et ss.

(2) Cette opinion avait été consacrée par quelques arrêts. Voy. notamment, Rennes, 5 janvier 1858 et Aix, 12 février 1858. D. 59, 2, 41 et 42.

Quels que soient les avantages du référé, et nous n'avons rien négligé pour les mettre en évidence dans tout ce qui précède et assurer à cette juridiction la plus large extension, il nous paraît impossible, en l'état actuel de la législation, d'admettre la compétence du juge des référés en matière administrative.

Pour y mettre obstacle, il y a tout d'abord le principe de la séparation des pouvoirs, dont l'application paraît bien s'imposer, puisqu'il s'agit, pour un juge civil, d'intervenir dans les affaires de l'Administration, de les apprécier et peut-être aussi de les contrecarrer.

C'est vainement que pour échapper à l'objection, Thiercelin prétend que le juge des référés ne juge pas, qu'il conserve le *statu quo* en attendant que le tribunal compétent puisse juger.

Il y a là une erreur évidente. Si le juge des référés ne juge pas l'affaire au fond, il n'en est pas moins vrai qu'en exerçant sa juridiction, il est amené à s'immiscer dans le domaine de l'Administration : il en est notamment ainsi lorsqu'il ordonne la suspension de travaux publics. Or, aux termes de la loi du 16 Fructidor an III : « Défense itérative est faite
« aux tribunaux de connaître des actes de l'Adminis-
« tration, de quelque espèce qu'ils soient, aux termes
« de droit ». Ce texte est formel ; le juge civil ne peut pas connaître des actes de l'Administration, et il en connaît non pas seulement quand il les juge, mais

encore lorsqu'il en suspend, même momentanément, l'exécution.

Il nous paraît donc que depuis les lois révolutionnaires qui ont affirmé le principe de la séparation des pouvoirs, l'incompétence du juge des référés en matière administrative n'a pu être sérieusement contestée. Mais si un doute avait pu subsister, il ne serait plus possible depuis la loi du 22 juillet 1889. Comme nous l'avons déjà vu, l'art. 24 de cette loi a prévu un référé administratif spécial, et, à l'occasion de la création de ce référé, la volonté du législateur s'est nettement affirmée de limiter dans les termes sans doute étroits de l'art. 24, la possibilité du référé dans les matières administratives. Le rapport de M. Clément, au Sénat, ne laisse aucun doute à cet égard. Il limite la portée du référé administratif et écarte nettement le référé civil. «... Les articles 806 « et ss. du Code de procédure civile, » — dit M. Clément, — « donnent au président du tribunal de pre-
« mière instance le droit de statuer sur référé en cas
« d'urgence ou de difficultés à résoudre provisoire-
« ment sur l'exécution d'un titre ou d'un jugement.
« Mais on ne peut pas admettre que le président du
« tribunal civil ait le droit de rendre une sentence
« provisoire sur des matières que le principe de la
« séparation des pouvoirs enlève, à raison de leur ca-
« ractère administratif, à la compétence du tribunal
« lui-même.... D'un autre côté, la juridiction excep-

« tionnelle que le Code de procédure donne au pré-
 « sident du tribunal civil n'a été étendue par aucune
 « loi soit au préfet, soit au vice-président du Conseil
 « de préfecture, et nous ne pensons pas qu'il y ait
 « lieu de réclamer cette extension. Il est nécessaire
 « cependant, dans certains cas, de faire constater
 « régulièrement et avant qu'ils ne disparaissent, des
 « faits qui seraient de nature à justifier une réclama-
 « tion..... La loi accorde au président du Conseil de
 « préfecture le droit qui ne pouvait être exercé que
 « par le Conseil de préfecture tout entier. Mais elle
 « ne change pas le caractère de cet acte de juridic-
 « tion. Le président se borne à désigner un expert.....
 « Il n'a pas d'autre pouvoir que celui de faire pro-
 « céder à une constatation urgente quand elle est ré-
 « clamée. Il ne peut rendre aucune décision sur le li-
 « tige, il ne peut arrêter provisoirement l'exécution
 « des mesures prescrites par l'Administration. Un
 « pouvoir de cette nature pourrait avoir de graves
 « inconvénients (1)..... »

Les conclusions de ce rapport n'ont été contredites
 par aucun orateur lors de la discussion de la loi.
 D'où ces conséquences qui nous paraissent aujour-
 d'hui indiscutables :

1° Le législateur de 1889 n'a donné au juge admi-
 nistratif qu'un pouvoir de référé très limité ;

(1) Rapport Clément, au Sénat, *Journal Officiel*, 6 février
 1889. *Annexes*, p 1, n° 4.

2° Limitant ainsi le pouvoir de référé du juge administratif, il a proscrit par là-même le référé civil. Il eût été illogique d'accorder aussi parcimonieusement la juridiction des référés au juge administratif, pour l'accorder dans sa plénitude à un juge civil étranger à l'Administration. A cet égard d'ailleurs, le rapport Clément ne laisse aucun doute sur les intentions du législateur de 1889.

Nous concluons donc qu'en l'état actuel de la législation, et quels que soient les inconvénients pratiques de cette solution, le juge des référés est incompétent en matière administrative (1).

Nature de l'incompétence du juge des référés à l'égard des matières administratives.

L'incompétence du juge des référés dans les matières administratives reposant essentiellement sur le principe de la séparation des pouvoirs est d'ordre public. Elle peut, en conséquence, être soulevée en tout état de cause, même en appel, et le juge des référés peut la suppléer d'office (2).

En effet, le juge qui statuerait sur des matières

(1) La jurisprudence est constante en ce sens. Voy. notamment comme arrêts récents : Trib. Confl. 13 décembre 1890 S. 92, 3, 50, D. 92, 3, 58 ; — Bordeaux, 26 juin 1899, S. 1900, 2, 250, D. 1899, 2, 437.

(2) Bordeaux, 26 juin 1899, S. 1900, 2, 250 ; Garsonnet, t. VIII, n° 2990, p. 292-293.

administratives commettrait un véritable excès de pouvoir (1).

Toutefois, deux observations doivent être faites pour préciser la portée exacte du principe :

A) Nonobstant son incompetence d'ordre public, le juge des référés est, comme toute autorité judiciaire, juge de sa compétence. C'est donc à lui qu'il appartient de statuer sur le point de savoir si la question qui lui est soumise relève du contentieux administratif (2).

Il a été jugé, dans ce sens, qu'en vue de s'éclairer sur sa compétence, il avait le droit d'ordonner une expertise, mais seulement à l'effet de déterminer si les travaux exécutés, en vertu d'un arrêté préfectoral, avaient un caractère provisoire ou permanent, et se trouvaient ainsi relever de la compétence administrative ou de la compétence judiciaire (3).

Mais, dans les hypothèses de cette nature, l'expertise ne doit pas avoir d'autre but que d'éclairer le juge sur sa compétence. Elle ne peut avoir d'autre résultat que de fournir au juge les renseignements nécessaires. Celui-ci ne pourrait donc pas, sans excès de pouvoir, en même temps qu'il ordonne

(1) Bordeaux, 26 juin 1899 précité ; Cass., 19 février 1900. D. 1900, 1, 506 ; Trib. Confl., 2 décembre 1902, S. 1904, 3, 17 ; Tissier et Glasson, *op. cit.*, t. I. n° 446.

(2) Cass. 29 juin 1859. D. 59. 1. 391 ; Bertin ; t. II. n° 45 ; Garsonnet, *op. et loc. cit.*

(3) Rennes, 12 décembre 1881, S. 83, 2, 11 ; D. 82, 2, 197.

l'expertise, faire défense de continuer provisoirement les travaux en question, le résultat de l'expertise ordonnée pouvant seul déterminer la nature exacte des travaux.

B) L'Administration ne peut pas empêcher qu'on la cite en référé. Quand elle est assignée devant cette juridiction, elle n'a pas d'autre recours que d'élever le conflit.

Lorsque l'Administration est ainsi assignée, le ministère public peut, par exception au droit commun, assister à l'audience des référés. Sa présence peut, seule, permettre de saisir de suite le juge de l'arrêté de conflit et d'arrêter ainsi, dès son début, la procédure engagée. La jurisprudence et la doctrine sont d'accord sur ce point.

CHAPITRE II

LIMITES D'APPLICATION DU PRINCIPE DE L'INCOMPÉTENCE DU JUGE DES RÉFÉRÉS EN MATIÈRE ADMINISTRATIVE

Le principe de l'incompétence du juge des référés en matière administrative nous a paru s'imposer. Mais, ce principe une fois admis, tout n'est pas terminé cependant, car il y a lieu de rechercher dans quelle exacte mesure il doit être appliqué. En effet, si l'autorité judiciaire ne peut pas inquiéter l'Administration, faut-il encore que l'Administration agisse dans le cercle légal de ses attributions. Il y a là, en quelque sorte, un principe inverse qui vient limiter celui de l'incompétence (1). Pour bien

(1) Il convient de signaler ici une application de ce principe qui a été consacrée par la jurisprudence dans une hypothèse très voisine de celle que nous étudions et qui présente avec elle une remarquable analogie. Certains arrêts ont, en effet, reconnu aux particuliers, inquiétés par l'administration en matière de travaux publics et d'occupation temporaire, le droit d'intenter l'action en réintégration, lorsque certaines formalités administratives n'avaient pas été remplies. Douai, 28 juin 1882 (S. 83, 2, 182, P. 83, 1, 906, D. P. 83, 2, 143). Cass.

dégager ce principe, nous étudierons les principales matières dans lesquelles l'application en a été implicitement faite.

SECTION PREMIÈRE

Expropriation pour cause d'utilité publique.

La loi du 3 mai 1841 sur l'expropriation exige comme formalités essentielles pour la validité de l'expropriation :

A) Qu'une déclaration d'utilité publique soit intervenue. Cette déclaration est soumise à des formes variables suivant les personnes morales administratives. Ainsi, pour l'Etat, il faut en principe une loi ; pour les associations syndicales, un décret rendu dans la forme des règlements d'administration publique ; pour les communes et les départements un simple décret ;

B) Un arrêté de cessibilité, dans tous les cas nécessaires ;

C) Un jugement du Tribunal civil du lieu de la situation de l'immeuble exproprié prononçant l'expropriation, et transférant par là même de plein droit la propriété de l'exproprié à l'expropriant ;

11 mai 1885 (S. 86, 1, 197, P. 86, 1, 488, D. P. 86, 1, 299). Cass.
18 oct. 1887 (S. 87, 1, 412. P. 87, 1, 1028, D. P. 88, 1, 464.)

D) La fixation d'une indemnité par le jury, dûment convoqué et constitué ;

E) Le paiement de l'indemnité fixée par le jury, préalable à l'entrée en possession.

La jurisprudence civile et celle du Conseil d'Etat admettent actuellement, de façon incontestée, que la voie du référé civil est ouverte aux parties, toutes les fois que l'une quelconque des formalités substantielles énumérées ci-dessus n'a pas été observée.

En l'absence d'une ou plusieurs de ces formalités, tout acte de l'Administration qui tendrait à s'emparer d'une propriété privée constituerait une voie de fait, une usurpation qui autoriserait incontestablement le recours en référé, sans que l'Administration pût utilement invoquer l'exception tirée de ce qu'il s'agirait de travaux publics.

La jurisprudence a été fixée en ce sens par un arrêt du Conseil d'Etat du 11 avril 1863 : « Considérant que l'Administration ne peut prendre possession de terrains appartenant à des particuliers pour y faire exécuter des travaux publics qu'autant qu'il lui a été fait cession amiable de ces terrains, ou que l'expropriation a été prononcée par l'autorité judiciaire après l'accomplissement des formalités prescrites par la loi, et à la charge d'une juste et préalable indemnité ; — qu'il suit de là qu'au cas où il n'y a eu ni cession amiable, ni dépossession régulièrement prononcée d'un immeuble, ni règle-

« ment, ni paiement d'une indemnité préalable, l'autorité judiciaire peut prononcer la discontinuation des travaux entrepris sur cet immeuble par l'Administration ou en vertu de ses ordres..... (1). »

Et cette jurisprudence ne peut être qu'approuvée, car l'acte fait en violation de la loi n'a aucune valeur comme acte d'administration. Il ne s'impose donc pas aux Tribunaux civils qui, gardiens naturels de la propriété, ont compétence pour protéger les particuliers contre toute usurpation illégale.

Lorsque cette situation se rencontrera, quels seront les pouvoirs du juge des référés ?

Nous estimons que le juge des référés ne pourra qu'ordonner la suspension des travaux — non la remise en état des lieux. En effet, en ordonnant seulement la suspension des travaux, le juge des référés reste dans les limites strictes de sa compétence, car il ne fait que rendre une mesure provisoire qui ne préjuge en rien le principal.

Au contraire, s'il allait plus loin et ordonnait la remise des lieux en état, il donnerait, dans une certaine mesure, tort à l'Administration, et sa sentence préjugerait le fond. Il y aurait là un excès de pouvoir, dont les particuliers ne retireraient pas un bien grand avantage, car ils sont suffisamment sau-

(1) D. 63, 3, 39. Voy. dans le même sens Montpellier, 6 nov. 1878 sous Cass. D. 80, 1, 174 ; Trib. Perpignan, 12 fév. 1898 ; J. *La Loi*, du 31 mars 1898.

regardés par le seul arrêt des travaux, puisque le tribunal, saisi de l'affaire au fond, ne manquera pas d'ordonner la remise des lieux en état, s'il estime qu'il y a eu usurpation de la part de l'Administration (1).

Cette solution s'impose d'autant plus, en pratique, que d'ordinaire le référé se produit en ces matières à l'occasion d'emprises opérées par l'administration sur des biens qui n'ont pas été compris par erreur dans l'expropriation. En général, l'Administration, dûment avertie, régularisera la procédure. Il serait dès lors de bien mauvaise administration de contraindre la personne morale administrative à détruire les travaux qu'elle aurait à recommencer, dès qu'elle aurait procédé à une expropriation régulière, qui ne peut être empêchée.

SECTION II

Interprétation et exécution des contrats administratifs.

Aux termes de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, les Conseils de préfecture sont seuls compétents pour statuer sur les difficultés d'interprétation

(1) La distinction que nous proposons a été consacrée par un arrêt de la Cour de Lyon du 19 mai 1857, S. 58, 2, 312.

et sur l'exécution ces marchés de travaux publics.

La compétence est indiscutable, mais encore faut-il, pour qu'elle existe, qu'il s'agisse réellement d'un contrat administratif.

Or, il arrive fréquemment que des contrats de droit commun viennent se greffer sur des contrats administratifs. Dans ce cas, le contrat civil n'est pas absorbé par le contrat administratif : il conserve son individualité et ses règles propres de compétence. Par suite, si une difficulté urgente s'élève quant à son exécution, le juge des référés est compétent pour l'interpréter et en ordonner l'exécution dans les termes du droit commun.

Le question s'est souvent présentée à l'occasion des concessions d'eau et de gaz faites par les villes à des Compagnies privées.

D'après une jurisprudence constante, les marchés de fournitures intervenant entre les villes et les compagnies pour les fournitures de l'eau, du gaz et de l'électricité, etc... constituent des marchés administratifs, lorsqu'il y a mélange de travail public, c'est-à-dire lorsque le concessionnaire s'est obligé, non pas seulement à la fourniture d'un produit déterminé, mais encore à l'établissement de tous les travaux nécessaires pour l'adduction du produit, les canalisations notamment. On admet qu'en pareil cas l'exécution du travail public imprime au marché un caractère administratif qui persiste pendant toute la

durée de la concession, et entraîne corrélativement la compétence exclusive des Tribunaux administratifs (1).

En conséquence, si les difficultés réclamant une solution, même urgente, s'élèvent entre le concessionnaire et la ville concédante, le juge des référés est certainement incompétent pour en connaître.

Mais, sur la convention principale, intervenue entre le concédent et le concessionnaire, se greffent toutes les conventions passées par la compagnie avec les particuliers (polices de fournitures d'eau, de gaz, etc...). Ces conventions n'ont, en aucune façon, le caractère de marchés administratifs ; ce sont des contrats de pur droit privé, pour la connaissance desquels la juridiction civile est exclusivement compétente. Dès lors, le juge des référés l'est également dans les termes du droit commun.

La question s'est posée en 1877 à Bordeaux. Des difficultés s'étant élevées, à cette époque, entre la Compagnie concessionnaire du gaz dans cette ville et certains abonnés, pour l'interprétation de certaines clauses des polices, la Compagnie coupa le gaz aux particuliers avec lesquels elle se trouvait en difficulté.

Sur référé, le juge se déclara compétent et ordonna des mesures provisoires. La sentence, confirmée en

(1) Voy. sur cette jurisprudence, Laterrière, *Traité de la juridiction administrative*, t. II, p. 423.

appel, fut déférée à la Cour de Cassation pour violation du principe de compétence, posé par l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII. Mais le pourvoi fut à juste titre rejeté, car le demandeur en Cassation confondait deux choses bien distinctes : le contrat administratif passé entre la Ville et la Compagnie, qui tombait certainement sous l'application de l'art. 4 de la loi de l'an VIII, — et le contrat civil intervenu entre la Compagnie et ses abonnés, qui échappait certainement aussi à cette compétence.

L'arrêt de la Cour de Cassation porte : «... At-
 « tendu que le débat judiciaire qui s'est élevé entre
 « les partis a eu pour cause la police d'abonnement
 « que la Compagnie d'éclairage de Bordeaux pré-
 « tendait faire souscrire aux abonnés qui, refusant
 « d'accepter certaines conditions, avaient été privés
 « pour ce motif du gaz qui leur était précédemment
 « fourni ; que le contrat, — objet de ce dissenti-
 « ment, — étant destiné à établir un lien d'obliga-
 « tions réciproques, entre une Compagnie industrielle
 « et des particuliers, avait par là même un carac-
 « tère essentiellement civil ; que, par conséquent,
 « la juridiction civile pouvait seule connaître du
 « litige auquel il donnait lieu ; attendu que la com-
 « pétence de cette juridiction déterminait celle du
 « juge des référés ; que, légalement saisi, mais seule-
 « ment dans les limites des attributions qui lui con-
 « fèrent les articles 806 et ss. du Code de procédure

« civile, il n'avait pas à surseoir jusqu'à ce que l'autorité administrative eût interprété le cahier des charges de la Compagnie... (1) »

Dans le fond, cet arrêt ne peut être qu'approuvé. Il y a lieu toutefois de relever qu'il commet une erreur de détail lorsqu'il prétend que la compétence de la juridiction civile détermine celle du juge des référés. Nous savons, en effet, que la raison de la compétence du juge des référés est l'urgence, et non le caractère civil de l'affaire.

SECTION III

Compétence du juge des référés pour statuer sur les difficultés d'exécution des jugements et actes administratifs.

Une controverse assez grave existe à cet égard : pour en saisir la portée, il importe de rappeler, au moins sommairement, quelles sont les règles d'exécution que comportent les décisions administratives et judiciaires rendues contre les personnes morales du droit administratif.

Lorsque ce sera possible, la décision sera exécutée par les voies ordinaires, avec ministère d'huissier. Il en sera notamment ainsi lorsqu'il s'agira de l'exé-

(1) Cass., 16 décembre 1878. D. 79, 1, 119.

cution d'un jugement ordonnant la restitution d'un meuble ou le délaissement d'un immeuble par l'Administration.

Mais lorsque l'Administration est condamnée par jugement au paiement d'une somme d'agent, l'application des voies d'exécution du droit commun est parfois supprimée, dans tous les cas très notablement restreinte.

Elle est tout d'abord supprimée pour l'Etat et le département.

Etat. — Les biens de l'Etat sont insaisissables, et corrélativement, ses dettes ne peuvent faire l'objet d'aucune compensation légale.

En conséquence, les créanciers de l'Etat, même nantis de titres exécutoires, ne peuvent procéder par aucune voie de contrainte, soit judiciaire, soit même administrative, pour obtenir leur paiement.

Le principe a été posé à cet égard par les articles 8 et 9 de la loi des 22 novembre — 1^{er} décembre 1790, qui portent que les biens de l'Etat sont aliénables sans le consentement et le concours de la Nation.

Par conséquent, si les créanciers de l'Etat peuvent poursuivre en justice la reconnaissance et la constatation de leurs droits, ils ne peuvent pas, une fois le jugement obtenu, prendre contre l'Etat aucune mesure tendant à l'aliénation forcée de ses biens ou à la cession forcée de ces créances. Toute saisie-arrêt

entre les mains des redevables ou des comptables de deniers publics, toute inscription d'hypothèque judiciaire, sont radicalement nulles. En tous cas, les paiements de dettes, faits par l'Etat, ne peuvent être que volontaires de sa part.

Département. — Le département échappe également aux voies d'exécution du droit commun. Il est interdit à ses créanciers de procéder par voie de saisie sur ses biens.

Toutefois, l'exécution, toujours purement volontaire à l'égard de l'Etat, peut être forcée à l'égard du département. En effet, si le Conseil général refusait d'inscrire au budget le crédit suffisant pour le paiement d'une dette exigible, le décret qui règle le budget pourrait inscrire d'office ce crédit, et si le département ne disposait pas de ressources suffisantes pour faire face à la dépense, il pourrait y être pourvu par une contribution spéciale établie dans les termes de l'art. 61 de la loi du 10 août 1871.

Commune. — Pour la commune, la situation est un peu plus compliquée, et la saisie peut-être éventuellement possible, sous les distinctions suivantes.

Le principe est toujours que les créanciers des communes, comme ceux de l'Etat et du département, ne peuvent user des voies d'exécution que le droit commun met à la disposition des particuliers. Cette règle résulte pour la commune d'un avis du

Conseil d'Etat du 12 août 1807, qui dispose que les communes « n'ont que la disposition des fonds « qui leur sont attribués par leur budget et qui ont « tous une destination qui ne peut être intervertie. »

Le même avis indique que, pour obtenir son paiement forcé, le créancier de la commune « ne « peut jamais s'adresser qu'à l'Administration. » Il s'adresse donc en premier lieu à l'Administration municipale, et, en cas de refus de celle-ci, à l'Administration supérieure.

Plusieurs hypothèses pourront alors se présenter :

a) S'il existe au budget de la commune un crédit pour le paiement de la dépense, mais que le maire refuse de délivrer le mandat nécessaire, il pourra être prononcé par le préfet en Conseil de préfecture, et l'arrêté du préfet tiendra lieu de mandat ;

b) Si le budget communal ne comporte pas de crédit pour la dépense, et que le Conseil municipal refuse de voter la somme nécessaire, le préfet pourra inscrire d'office l'allocation nécessaire, à titre de dépense obligatoire.

Si la commune n'avait pas de ressources disponibles pour couvrir l'allocation et que le Conseil municipal refusât d'en voter, l'Administration aurait le choix entre deux moyens pour forcer la commune à se libérer :

1° Etablir d'office une contribution extraordinaire ;

2° Autoriser la vente des biens appartenant à la commune. L'art. 110 de la loi du 5 avril 1884 porte à cet égard : « La vente des biens mobiliers et immobiliers des communes, autres que ceux servant à un usage public, peut être autorisée sur la demande de tout créancier porteur de titre exécutoire, par un décret du Président de la République qui détermine les formes de la vente. »

Ces principes du droit administratif écartent sans discussion la compétence du juge des référés quant aux difficultés d'exécution des jugements pouvant se produire à l'occasion des saisies. Ces voies d'exécution étant prohibées à l'égard des personnes morales du droit administratif, le juge des référés ne sera jamais appelé à en connaître.

Mais d'autres difficultés d'exécution peuvent surgir à l'occasion d'un jugement d'un Tribunal administratif ou d'un acte administratif, lorsqu'il s'agit de l'exécuter. Le juge des référés peut-il connaître de ces difficultés d'exécution ?

Bien que le principe de la réparation des pouvoirs paraisse pouvoir être utilement invoqué pour écarter la compétence du juge civil, les auteurs ont admis des distinctions.

Dans un premier système, le juge des référés serait compétent toutes les fois qu'il y aurait lieu de lever un obstacle à l'exécution. Mais il serait incompétent s'il s'agissait de suspendre l'exécution elle-même. Ce

système repose, en définitive, sur cette idée, que le juge des référés peut favoriser l'exécution des jugements administratifs, mais qu'il est incompétent pour y mettre obstacle.

Mais cette distinction, en apparence exacte, ne résiste pas à un examen sérieux, car, en définitive, le juge est compétent ou il ne l'est pas. S'il ne l'est pas, il ne peut connaître d'aucune difficulté. S'il l'est, au contraire, sa compétence entraîne forcément pour lui le droit de prendre toutes les mesures qu'il juge utiles pour assurer l'exécution régulière du jugement ou de l'acte administratif, et, par conséquent, pour suspendre cette exécution, si, en l'état, elle ne lui paraît pouvoir se réaliser dans des conditions de régularité suffisante (1).

Chauveau a proposé une autre distinction. Le juge des référés serait compétent quand l'exécution est poursuivie par les voies de droit commun. Il serait par contre incompétent quand l'exécution est poursuivie par la voie administrative. En effet, si le bénéficiaire du jugement ou de l'acte administratif recourt à la procédure de droit commun pour l'exécuter, il est juridique d'admettre que ce soit aussi le juge de droit commun qui soit compétent pour

(1) C'est la solution proposée par Carré. Voir Dutruc, *supp. alph. et anclitique* aux lois de la procédure civile et commerciale de Carré et Chauveau, t. III. V^o Référé n^o 125, Question 2755 *bis*.

connaître des difficultés que peut soulever cette exécution.

Si, au contraire, le bénéficiaire du jugement recourt à la procédure administrative pour l'exécution, il est également juridique que les Tribunaux administratifs seuls connaissent des difficultés de cette procédure d'exécution administrative.

Cette opinion paraît assez séduisante, car l'on peut dire que si le jugement ou l'acte administratif sont l'objet d'une exécution civile, il est logique d'appliquer à cette exécution les dispositions du Code de procédure civile, et spécialement celle du référé.

Si l'exécution a lieu, au contraire, par la voie administrative, il est logique d'appliquer les règles de la procédure administrative. On conçoit, en effet, que le juge des référés puisse adresser des injonctions à un huissier, mais on ne conçoit pas qu'il puisse en adresser à un agent de l'ordre administratif (1).

La distinction est spécieuse, mais il ne nous paraît pas cependant exact d'admettre que le choix de l'agent de l'exécution puisse modifier la nature de l'acte et partant la compétence. Si l'acte est administratif, il échappe à tous égards à la juridiction civile, même pour son exécution, sans qu'il y ait à re-

(1) C'est l'argumentation de Chauveau. V. Dutruc, *op. et loc. cit.*

chercher quel agent a été chargé de procurer cette exécution.

SECTION IV

Décrets et loi sur les congrégations religieuses.

§ 1. — *Décret du 29 mars 1880.*

Les divers décrets et lois qui ont réglé, en dernier lieu, la situation des congrégations, ont donné lieu à d'intéressantes applications du référé.

Des difficultés célèbres, mais n'ayant plus actuellement qu'un intérêt historique, se sont élevées en 1880, à l'occasion de l'expulsion de la congrégation des Jésuites.

Un décret du 29 mars 1880 avait accordé à l'association non autorisée, dite de Jésus, un délai de trois mois pour se dissoudre et évacuer les établissements par elle occupés sur le territoire de la République. Pour ordonner ces diverses mesures, ce décret se fondait sur diverses lois de la Révolution et de l'Empire, et notamment sur la loi du 3 messidor an XII.

Le 30 juin suivant, à défaut d'exécution volontaire du décret, le Ministre de l'Intérieur fit expulser *manis militari* les Jésuites de leur domicile, et apposer les scellés sur les édifices ainsi évacués.

A la suite de ces incidents, les juges des référés furent saisis de nombreuses demandes tendant à la main-levée des scellés, et à la remise en possession provisoire des immeubles.

L'Administration présenta partout un déclinatoire d'incompétence. Mais beaucoup de juges des référés passèrent outre et se déclarèrent compétents, en donnant pour motifs qu'ils avaient qualité pour connaître des atteintes portées à la liberté, à la propriété et aux domiciles des citoyens, envisagés en cette seule qualité, abstraction faite de leur situation de congréganistes (1).

Mais le Tribunal des conflits, saisi de la question, décida, par de nombreux arrêts, qu'il n'appartenait pas à l'autorité judiciaire, spécialement au juge des référés, d'empêcher l'exécution des actes administratifs ordonnant la dissolution des congrégations non autorisées, et des mesures de dispersion prises à l'égard de leurs membres (2).

La controverse n'ayant plus qu'un intérêt historique, nous n'en exposerons que rapidement les éléments.

(1) La première ordonnance en ce sens est celle du président du tribunal civil de Lille, 1^{er} juillet 1880, S. 81, R. 193, D. 80, 3, 57 : on peut dire qu'elle a servi de modèle à toutes les ordonnances qui se sont prononcées dans le même sens.

(2) Voy. notamment, Trib. des conflits, 5 nov. 1880, 13 nov. 1880 (3 arrêts) S. 81, 3, 81 ; D. 80, 3, 121 ; 5 mars 1881, S. 82, 3, 52 ; D. 81, 3, 81 ; 2 avril 1881, S. 82, 3, 79 ; D. 82, 5, 108.

A l'appui de sa jurisprudence, le Tribunal des conflits a fait valoir : 1° qu'il est inexact de prétendre de façon générale et absolue que les questions de propriété, domicile, etc... relèvent de la compétence exclusive de l'autorité judiciaire. Celle-ci est sans doute la gardienne de la propriété privée, mais son droit peut être limité par la loi, qui, pour des motifs de police ou d'ordre public, peut réserver au pouvoir administratif le droit de prendre des mesures intéressant la propriété ;

2° D'autre part, l'acte administratif peut être illégal, sans cesser pour cela d'être un acte administratif. L'acte administratif est, en effet, celui qui, émanant d'un fonctionnaire administratif, se rapporte à un objet d'administration. Il ne perd pas son caractère administratif, parce que l'Administration, agissant dans le cercle de ses attributions, se trompe sur l'étendue précise de ses attributions. Or, la question de savoir si les congrégations pouvaient ou non être dissoutes par simple mesure administrative était des plus discutables, et, par suite, l'acte ne présentait pas un caractère d'illégalité suffisamment caractérisé pour autoriser à dénier valablement son caractère administratif.

La question était donc très discutable. Nous inclinierions cependant à admettre la thèse du Tribunal des conflits, en considération du dernier argument que nous venons de rapporter. Il est certain,

en effet, que les droits de l'Administration vis-à-vis des congrégations étaient des plus obscurs en 1880. Les lois de la période révolutionnaire qui régissaient la question (L. 13-19 février 1790 et Décret du 3 messidor an XII) paraissaient bien réserver à l'Administration un large pouvoir arbitraire en la matière. Le doute pouvait servir à sauvegarder le caractère administratif de l'acte. Ce fut la thèse du Tribunal des conflits.

§ 2. — *Loi du 1^{er} juillet 1901.*

Les difficultés élevées à l'occasion des décrets de 1880 ont réapparu en 1901, lorsqu'il s'est agi d'appliquer la dissolution des congrégations religieuses prononcée par cette loi.

La question essentielle qui s'est posée a été de savoir si l'exécution de la loi devait être réalisée par la voie administrative ou par la voie judiciaire.

Si c'était par la voie administrative, les tribunaux administratifs avaient seuls qualité pour apprécier la légalité des actes d'exécution de la loi accomplis par le préfet, et spécialement pour décider si l'arrêté du préfet, ordonnant l'apposition des scellés sur les immeubles détenus par les congréganistes, était ou non entaché d'exès de pouvoir.

Si, au contraire, c'était à l'autorité judiciaire qu'il

appartenait d'assurer l'exécution de la loi, elle avait qualité pour apprécier la légalité des actes accomplis en cette matière par l'Administration. Spécialement, s'agissant d'une apposition de scellés, elle était compétente pour rechercher si cette apposition ne constituait pas une simple voie de fait de l'Administration, et ordonner en conséquence la mainlevée des scellés indûment apposés.

La question n'a pas perdu encore aujourd'hui son intérêt : nous l'étudierons avec détail.

La situation créée aux congrégations religieuses par la loi de 1901 différait, en fait et en droit, de celle créée par les décrets de 1880.

En droit, il n'y avait plus lieu pour les religieux de demander la réintégration dans leurs immeubles, puisque la loi de 1901 déclarait les congrégations religieuses non autorisées dissoutes de plein droit. Dans toutes les hypothèses, les référés ne tendaient donc qu'à obtenir la main-levée des scellés.

En fait, les congrégations, instruites par l'expérience de 1880, avaient fait passer la propriété de leurs immeubles sur la tête de particuliers laïques. Ce sont ces particuliers, propriétaires réels quelquefois, mais le plus souvent propriétaires fictifs, qui, armés de titres leur conférant au moins la qualité de propriétaires apparents, demandèrent au juge des référés la main-levée des scellés.

En 1880, les religieux avaient agi par eux-mêmes.

Les particuliers et l'Administration soutenaient, au point de vue de la compétence du juge des référés, deux thèses diamétralement opposées.

A) Thèse de l'Administration.

Pour assurer l'exécution de la loi de 1901, à l'égard des congrégations qui avaient refusé de s'y soumettre, l'Administration avait procédé de la façon suivante :

Par divers décrets, et notamment par deux décrets des 26 juillet et 26 août 1902, elle avait, à l'expiration des délais impartis par la loi pour la dissolution volontaire (1), prononcé la fermeture d'un certain nombre d'établissements, auxquels l'autorisation avait été refusée.

Ces décrets étaient fondés sur l'article 13 de la loi de 1901, aux termes duquel aucune congrégation ne peut se former sans une loi, et sur l'article 18 de la même loi, qui déclare dissoutes de plein droit les congrégations auxquelles l'autorisation avait été refusée.

En exécution des décrets prononçant dissolution, les préfets des départements, où se trouvaient les congrégations visées, prirent un arrêté ordonnant la dissolution de ces congrégations et l'apposition des scellés sur les immeubles évacués, aux fins d'empêcher les religieux d'y revenir. En suite de ces

(1) 3 mois (art. 18, L. 1^{er} juillet 1901).

arrêtés, il fut procédé à l'expulsion des religieux, et les scellés furent apposés, parfois par les commissaires de police, parfois par les juges de paix.

Cette procédure ne fut pas sans soulever de violentes critiques. Pour la justifier, l'Administration fit valoir les arguments suivants :

1° La loi de 1901 présente une lacune : elle n'a pas prévu de sanction pour l'article 13, § 2, qui dispose que la dissolution de la congrégation et la fermeture des établissements ne pourra être prononcée que par un décret au Conseil des Ministres.

Au contraire, les diverses autres dispositions de la loi sont sanctionnées pénalement ou civilement. C'est ainsi que l'article 16 frappe de peines correctionnelles ceux qui ont fait partie d'une congrégation dissoute, que l'article 14 interdit, sous les peines prévues par l'art. 8, § 2, à toute personne appartenant à une congrégation religieuse non autorisée, de diriger, soit directement, soit par personne interposée, un établissement d'enseignement de quelque ordre que ce soit, ou d'y donner l'enseignement.

Du silence de l'art. 13, § 2, il résulte, en conséquence, qu'il n'existe aucune disposition pénale qui assure, au point de vue répressif, l'ordre de fermeture donné par le Chef de l'Etat. Il est, en effet, impossible de songer à appliquer en ces matières l'art. 471, § 15 du Code pénal, car, d'après une jurisprudence constante, ce texte ne sanctionne que les ré-

glements et arrêtés rendus en matière réglementaire. C'est d'ailleurs la solution qui s'impose à sa simple lecture.

Mais l'absence de sanction pénale ne saurait légitimer la violation de la loi ; il est donc indispensable qu'à défaut de pénalité, l'Administration soit autorisée à se servir de la force publique pour assurer le respect de la loi, et qu'elle puisse, le cas échéant, apposer les scellés, afin que l'intervention de la force publique ne produise pas un résultat éphémère.

2° Au surplus, l'apposition des scellés ne constitue pas une dépossession. Les scellés n'ont pas d'autre but que d'assurer matériellement l'observation de l'ordre de fermeture.

L'apposition des scellés ne constitue pas une emprise sur l'immeuble, une prétention à la propriété. Et pour mieux prouver la sincérité de ses déclarations à cet égard, le Gouvernement offrait de lever de suite les scellés, sous la seule condition que les propriétaires des immeubles sur lesquels les scellés avaient été apposés, consentiraient un engagement de ne plus louer ces immeubles à des congrégations non autorisées.

En soutenant qu'il n'y avait pas dépossession, l'Administration visait ainsi à échapper à l'application de la jurisprudence, déjà étudiée, en vertu de laquelle les Tribunaux civils se reconnaissent compé-

tents, lorsqu'il y a dépossession par le fait de l'Administration, en dehors de la loi.

3° Enfin, l'Administration faisait valoir, comme troisième et dernier argument, que si la propriété est la faculté de disposer des choses de la façon la plus absolue, c'est à la condition qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par la loi ou les règlements (art. 544, C. civ.).

Or, la loi de 1901 défend aux congrégations de se former sans une autorisation légale, et prononce la dissolution des congrégations non autorisées.

En logeant des religieux, et en leur procurant ainsi le moyen de continuer la vie congréganiste prohibée par la loi, les propriétaires des immeubles occupés faisaient de leur chose un usage contraire à la loi et se rendaient par là même irrecevables à faire valoir utilement leur droit de propriété (1).

B) Thèse des particuliers.

A cette argumentation de l'Administration, les particuliers propriétaires d'immeubles occupés par les congrégations répondaient :

1° La loi de 1901 a réservé à l'autorité judiciaire seule, la connaissance des difficultés qu'elle peut faire naître tant au point de vue civil que répressif. Il suffit,

(1) Voy. cet argument longuement développé dans un jugement du tribunal de Quimper du 12 juillet 1902 ; D. 1902, 2, 72.

notamment, de se reporter aux articles 14 et 16 de la dite loi, qui prononcent des pénalités, à l'art. 18 qui ordonne la liquidation des congrégations non autorisées, pour se rendre compte que, dans l'idée du législateur de 1901, toutes les sanctions à intervenir doivent émaner des tribunaux civils ou des tribunaux correctionnels.

Le seul rôle dévolu à l'Administration est de rendre des décrets de dissolution et de prendre des arrêtés de fermeture. Si ces mesures administratives ne sont pas observées, c'est aux Tribunaux judiciaires qu'il appartient de chercher et d'appliquer les sanctions nécessaires.

2° Les articles 544 et ss. du Code civil prohibent toute atteinte à la propriété privée. Or, l'apposition des scellés par l'Administration constitue une sorte de confiscation temporaire, contraire aux principes de notre droit constitutionnel moderne, dans lequel la confiscation n'est plus admise depuis la Charte de 1814. Pour que cette confiscation détournée fût admise, il faudrait un texte formel ; or, ce texte n'existe pas.

3° Enfin, l'apposition des scellés est illégale comme faite en dehors des cas prévus par la loi, et comme constituant, d'autre part, une aggravation à la loi de 1901.

A) L'apposition des scellés est faite en dehors des cas prévus par la loi. Il suffit, en effet, de se reporter

au titre de l'apposition des scellés au Code de procédure civile, pour se rendre compte que les scellés ne peuvent être apposés qu'en vertu de jugements ou d'ordonnances rendus par les magistrats de l'ordre judiciaire, et ce, seulement dans les cas spécialement prévus par la loi. L'article 909 du Code de procédure civile énumère les diverses personnes qui peuvent requérir l'apposition des scellés, et dans cette énumération limitative, l'Administration n'est pas comprise.

De même, l'article 911 du Code de procédure civile permet, dans certains cas, au ministère public et au juge de paix de requérir cette apposition d'office. Mais il s'agit de scellés après décès, et il n'est pas question de congrégations.

Enfin, l'apposition des scellés doit, dans tous les cas, être l'œuvre du juge de paix. L'Administration agissait donc en violation de la loi, en faisant apposer les scellés par des commissaires de police (1).

B) L'apposition des scellés constituait une aggravation de la loi de 1901. En effet, l'article 13 de la dite loi porte que la fermeture des établissements non reconnus sera prononcée par Décret rendu en Conseil des Ministres. En vertu de ce texte, l'Administration avait bien le droit de fermer les établisse-

(1) La pratique à cet égard fut variable ; les scellés furent, suivant les localités, apposés par les juges de paix, ou par les commissaires de police.

ments congréganistes, d'en expulser à la rigueur les religieux, et de les déférer ensuite aux tribunaux correctionnels pour les faire condamner aux peines édictées par l'art. 8. Mais son action s'arrêtait là : une fois l'expulsion réalisée, son pouvoir était épuisé, et elle ajoutait à la loi une aggravation non prévue en apposant les scellés.

Nous avons exposé, aussi impartialement que possible, les arguments des deux thèses en présence.

La question nous paraît très délicate. Conformément à l'idée essentielle que les tribunaux judiciaires, et partant le juge des référés, sont les gardiens de la propriété privée, nous inclinerions toutefois à admettre la compétence du juge des référés pour ordonner la levée des scellés, indûment apposés par l'Administration, en vue de l'exécution de la loi de 1901.

Un premier point nous paraît d'abord indiscutable : c'est qu'en tous cas, les commissaires de police n'étaient pas compétents pour apposer les scellés, et que les appositions faites par eux étaient illégales, donc ne s'imposaient pas au juge des référés (arg. art. 912, C. pr. civ.).

On objecterait vainement qu'on trouve, dans nos lois, quelques exceptions au principe que le juge de paix est seul compétent pour apposer les scellés.

Il en est ainsi en matière de saisie (art. 591, C. pr. civ.), lorsqu'en l'absence du saisi et sur le refus d'ou-

vrir les pièces ou meubles, l'huissier en requiert l'ouverture. Il doit faire apposer les scellés sur les papiers qu'il trouve. Il y a aussi des exceptions en matière criminelle, lorsqu'il s'agit de mettre en sûreté des pièces de conviction (v. à cet égard des art. 37 et 38. C. Inst. Criminelle).

Mais toutes ces exceptions doivent être interprétées restrictivement, et il n'en est fait aucune pour les congrégations.

Les appositions faites par les magistrats compétents n'en constituaient pas moins une mesure illégale, car elles étaient opérées en dehors des cas prévus par la loi.

Il n'existe pas de texte autorisant le Gouvernement à mettre les scellés sur les propriétés privées, pas même la loi de 1901. L'article 13 de cette loi porte que la dissolution de la congrégation et la fermeture seront prononcées par décret. En supposant qu'il appartienne à l'Administration d'assurer une sanction à ce texte, par l'expulsion des religieux, on peut soutenir que l'expulsion consommée épuisait son droit. Elle en prolongeait indûment la durée, en l'accompagnant d'une apposition de scellés.

D'autre part, quoiqu'on en dise, l'apposition des scellés constituait bien une certaine dépossession, puisque, si cette apposition était maintenue, les propriétaires des immeubles, objet de la mesure, s'en trouvaient privés pour un temps indéterminé et res-

taient exposés à l'arbitraire de l'Administration, qui pouvait, à son gré et suivant son bon vouloir, avancer ou ajourner la levée.

Quant à l'offre faite aux propriétaires de leur rendre la libre disposition de leurs immeubles, moyennant l'engagement de ne plus loger de religieux appartenant à des congrégations non autorisées, elle était certainement abusive, car nul n'est tenu de transiger sur les droits qui lui appartiennent.

Nous ne méconnaissions pas néanmoins la valeur pratique de cet argument donné par l'Administration, que si elle n'avait pas eu la ressource de l'apposition des scellés, elle se serait trouvée désarmée vis-à-vis des congréganistes, qui auraient pu rentrer dans l'immeuble aussitôt après leur expulsion.

Mais cet argument ne prouve qu'une seule chose, c'est qu'il y a dans la loi une lacune certaine. Il appartenait au législateur d'intervenir pour la combler, et il eût sagement fait d'intervenir. Mais, en présence de son abstention, l'Administration n'avait pas qualité pour le suppléer et édicter une sanction qui frappait non seulement les congréganistes, mais encore des tiers non visés par la loi. La loi de 1901 ne contient, en effet, aucune disposition qui défende aux particuliers de louer leurs immeubles à des congréganistes non autorisés, et qui les punisse de ce fait. En faisant apposer les scellés sur des biens privés, le Gouvernement ajoutait donc à la loi une

sanction non prévue et injuste, puisqu'elle frappait des personnes dont le législateur ne s'était pas occupé.

SECTION V

Applications du référé dans l'exécution des lois sur la séparation des Eglises et de l'Etat.

La loi de 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat a donné lieu à des solutions très intéressantes sur l'étendue de la compétence du juge des référés, au regard des prétentions de l'Administration.

Elle a amené la jurisprudence à préciser ce point d'importance capitale, que, si le juge des référés est incompétent en matière administrative, il ne suffit pas à l'Administration, pour écarter sa compétence, de prétendre que l'acte dont il s'agit est un acte administratif, alors qu'en réalité, il s'agit d'un acte de droit privé qui relève de la seule compétence des tribunaux civils. A ce point de vue, les espèces soulevées par la loi de 1905 méritent tout spécialement d'être analysées.

§ 1. — *Hypothèses dans lesquelles la compétence du juge des référés a été admise.*

I. — Le conflit des prétentions de l'Administration, vis-à-vis de la juridiction des référés, est apparu

avec beaucoup de netteté dans l'affaire Basse qui a donné lieu à un arrêt intéressant du tribunal des conflits.

Dans l'espèce, le bureau des séminaires de Clermont-Ferrand avait donné, le 5 novembre 1906, à titre de location, à un sieur Basse, pour 3, 6, 9 ans, à compter du 13 janvier 1907, divers locaux dépendant du séminaire. Le bail avait été régulièrement passé, conformément à l'article 19 du décret du 6 novembre 1813.

Le 14 décembre 1906, le tribunal nomma un séquestre, par application des dispositions de la loi de 1905, et le 21 janvier 1907, le séquestre fit savoir au locataire, qu'il reprendrait les locaux loués dès le 25 janvier.

Sur cette injonction, M. Basse assigna le préfet en référé à l'audience du 23 janvier, et, à cette même audience, le préfet proposa un déclinatoire d'incompétence. Ce déclinatoire fut admis par le juge des référés de Clermont, mais, sur l'appel, rejeté par la Cour de Riom. Le préfet, sur ce rejet, éleva le conflit.

Par arrêt du 20 avril 1907, le Tribunal des conflits déclara que le conflit avait été indûment élevé, et que le juge civil était compétent.

L'arrêt porte «... que si le débat sur le caractère « sincère ou fictif du bail excédait la compétence du « juge des référés, il ne soulevait que des questions

« de droit civil, ne mettait en cause ni la validité, ni
 « l'exécution de l'arrêté du préfet, plaçant sous sé-
 « questre, par application de la loi de 1905 et du dé-
 « cret du 16 mars 1906, les biens ayant appartenu
 « au petit séminaire de Clermont-Ferrand..... »

En effet, pour écarter la compétence du juge civil, l'Administration avait fait valoir que la mise sous séquestre des établissements ecclésiastiques est un acte essentiellement administratif, et que, par suite, les mesures prises ou à prendre par les agents des domaines, en vue d'assurer l'exécution du séquestre, relevaient exclusivement de l'appréciation et de la compétence de l'autorité administrative.

Dans le même sens, un Avis du Ministre des Cultes arguait de ce que «..... la demande introduite par
 « Basse, tend à suspendre ou annuler l'effet d'actes
 « administratifs, tels que l'arrêté préfectoral portant
 « nomination du séquestre, la mise en demeure
 « adressée par le préfet à l'abbé Valenton d'avoir à
 « vider les lieux, et la mesure d'évacuation du petit
 « séminaire, à laquelle il a été procédé par les soins
 « du séquestre. »

A cette argumentation, on objectait très judicieusement que la demande en référé introduite par M. Basse ne tendait nullement à contester la légalité des droits du séquestre, mais lui opposait simplement un contrat de droit civil régulier, dans les mêmes termes et conditions où il aurait pu certaine-

ment être opposé au bureau du séminaire, ou à l'association cultuelle, ou à l'établissement attributaire.

Sans doute, le préfet prétendait que le bail était frauduleux. Mais, en supposant même cette allégation exacte, c'étaient les Tribunaux judiciaires seuls qui avaient qualité pour connaître de la question. Il ne s'agissait pas d'un acte de puissance publique, mais, comme le disait M. l'Avocat général Feuilloley, dans ses conclusions devant le Tribunal de conflits, « d'un vulgaire procès relatif à un bail », en sorte qu'une telle demande « ne faisait pas échec à « l'exercice des pouvoirs du préfet, qui n'en a d'au-
« tres que de nommer le séquestre, ou à ceux du sé-
« questre, qui n'en a pas d'autres que de prendre les
« biens avec toutes les charges et obligations qui
« les grèvent, comme le dit l'art. 3 de la loi du 9 dé-
« cembre 1905..... »

C'est vainement aussi qu'on objectait que, par lettre du 21 janvier 1905, le préfet avait mis la société civile locataire en demeure d'évacuer les lieux, et que, si une ordonnance de référé maintenait l'abbé Valenton en possession nonobstant cet arrêté, il résulterait que l'autorité judiciaire mettrait en définitive obstacle à une mesure administrative. Mais on répondait très exactement que l'injonction en question n'avait pas un caractère administratif, car tout acte émanant d'un administrateur n'est pas forcément un acte administratif au sens légal du mot. Il

n'a juridiquement ce caractère qu'autant qu'il est fait par l'administrateur dans le cercle de ses attributions : c'est là un principe essentiel sur lequel on ne saurait trop insister. Or, en l'espèce, les préfets ne tiennent ni de la loi de 1905, ni du Décret du 16 mars 1906, le droit d'expulser les locataires des biens ecclésiastiques, et de ne pas tenir compte des baux sous le prétexte qu'ils sont suspects.

A ces arguments, M. l'Avocat Général Feuilloley ajoutait cette affirmation, beaucoup plus contestable, qu'il n'y avait aucune assimilation à établir entre l'espèce actuelle et les Décrets de 1880 relatifs à l'expulsion des Jésuites ; car, en 1880, il s'agissait « d'un acte de haute police gouvernementale (1) ».

Quoi qu'il en soit, la décision du Tribunal des conflits ne peut être qu'approuvée, car elle fait une exacte application des principes, et aussi, bonne justice de cette tendance, trop répandue, à considérer comme acte administratif un acte quelconque fait par un administrateur. Il est manifeste cependant qu'en l'espèce, le préfet du Puy-de-Dôme en contestant la sincérité d'un bail, ne faisait pas plus un acte administratif que le simple particulier qui soulève la même contestation. Pourquoi, dès lors, exclure la juridiction civile (2) ?

(1) Nous avons vu plus haut que le bien fondé des décisions du Tribunal des Conflits en ces matières prêtait à beaucoup de difficultés et de discussions.

(2) Voy. Trib. Confl., 20 avril 1907, Basse, S. 1907, S. 131,

II. — La Jurisprudence s'est encore prononcée en faveur de la compétence du juge des référés, au sujet de la jouissance des églises par les catholiques.

Il semble bien résulter des dispositions de la loi de 1905 et aussi de celles qui l'ont suivie, que le législateur a entendu maintenir l'affectation des églises au culte catholique (fidèles et curés), sans d'ailleurs subordonner nécessairement le maintien de cette affectation à la formation des associations cultuelles (1).

L'existence de cette affectation entraîne cette conséquence que les prêtres et fidèles ont un titre juridique à la jouissance des églises. Ils ne sont pas, comme l'a prétendu M. Briand, dans la séance de la Chambre des Députés du 21 décembre 1906, « des occupants sans titre juridique (2) ». Ils ont, au contraire, un droit de jouissance indiscutable et légal, puisqu'il est consacré par la loi.

La question s'est posée au sujet de la prétention émise, par certains maires, de refuser les clefs de

D. 1907, 1, 75, et les conclusions de M. l'Avocat général Feuilloley. Voy. aussi Trib. Confl. 8 juin 1907, Brunner, S. *ibid.*

(1) Voy. notamment en ce sens les circulaires ministérielles du 1^{er} décembre 1906 et du 4 décembre 1906. Cpr. l'art. 5 § 14 de la loi du 2 janvier 1907.

(2) Au surplus M. Briand lui-même ne s'est pas toujours tenu à ce point de vue : dans un autre passage de son discours, il parle « de servitude d'affectation cultuelle. » Ch. Dép. séance 21 décembre 1907. *J. Off.* 22 décembre. *Déb. parl.* p. 3407.

l'église et la remise des objets culturels au desservant régulièrement nommé par l'évêque, en vue de favoriser le curé désigné par une association culturelle non reconnue par l'autorité diocésaine.

Sur le refus du maire, le curé nommé par l'évêque était-il en droit d'exiger une clef de l'église, d'empêcher l'usage de l'église par un prêtre non orthodoxe ou l'exercice des cérémonies qu'il n'approuvait pas ? Spécialement, avait-il le droit à ces fins de se pourvoir devant le juge des référés et celui-ci était-il compétent ?

La jurisprudence s'est en principe prononcée pour la compétence civile, et corrélativement, pour celle du juge des référés (1).

Elle a admis, en conséquence :

Que le juge des référés était compétent, à raison de l'urgence, pour statuer provisoirement sur la demande formée par un prêtre, desservant régulier d'une paroisse, contre le maire de la commune, à fin de remise des clefs de l'église et des objets culturels ;

Que le juge des référés était également compétent

(1) Voy. en ce sens Bastia, 17 février 1908 ; Clamecy (référé) 8 août 1907 ; Montmédy (référé), 10 août 1907 ; Besançon (référé), 5 octobre 1907 ; S. 1908, 2, 273 et ss. Adde, Riom, 1^{er} mars 1909, S. 1909, 2, 28 ; Pau, 15 mars 1911, S. 1911, 2, 116.

Voy. toutefois en sens contraire Nérac (référé), 9 nov. 1907 et Château-Chinon, 23 juillet 1908, S. 1908, 2, 273. Ces deux décisions invoquent la thèse du curé « occupant sans titre juridique ».

pour faire défense au prêtre désigné par une association cultuelle de célébrer le culte dans l'église.

Ces solutions ne peuvent être qu'approuvées.

En effet, s'agissant du refus des clefs et objets cultuels, le refus par le maire de les remettre au desservant nommé par l'évêque, et, par conséquent, en conformité de la loi de 1905, constituait de la part du maire un acte personnel, n'ayant à aucun égard le caractère d'un acte administratif, et ne pouvant dès lors être apprécié que par l'autorité judiciaire, ce qui entraînait la compétence du juge des référés.

On pourrait même ajouter que, non seulement l'acte du maire ne constituait qu'un acte personnel, mais encore que cet acte intervenait en violation de la loi. En effet, par son refus, le maire méconnaissait l'affectation des églises prévue par les lois de 1905 et de 1907.

Les mêmes raisons s'appliquent à l'hypothèse de l'installation dans l'église d'un curé schismatique par le maire. Il y avait là un acte personnel fait en violation de la loi. D'après l'article 4 de la loi du 9 décembre 1905, les associations cultuelles doivent, pour bénéficier des dispositions de la loi, se conformer aux règles générales du culte dont elles se proposent d'assurer l'exercice, et, spécialement, les associations cultuelles catholiques doivent être en communion avec l'évêque. Et, d'après le même article, les biens des établissements du culte supprimés ne

peuvent être transférés aux associations cultuelles qu'avec leur affectation spéciale, et, par suite, un édifice, qui a toujours été à usage de culte catholique, serait détourné de sa destination même, par la célébration d'un culte qui ne serait pas orthodoxe.

L'acte du maire, qui installait un prêtre schismatique, relevait donc du juge des référés, et comme acte personnel, et comme acte fait en violation de la loi,

Pour échapper à la compétence civile dans leur refus de délivrer les clefs de l'église, certains maires ont eu recours à un procédé détourné.

Ils ont invoqué leur droit général de police, et, en vertu de ce droit, ordonné la fermeture de l'église pour cause d'insécurité.

La question de compétence s'est également posée au sujet des presbytères donnés ou légués aux communes, antérieurement à la loi de 1905, avec la charge pour elle d'y loger le curé de la paroisse.

Juridiquement, il y avait là des charges grevant les donations ou legs, comme telles pouvant profiter à des personnes futures, d'après la jurisprudence et doctrine (1).

Ce serait sortir du cadre de cette étude que de rechercher si ces charges ont pu survivre à la loi de

(1) Voy. notamment Paris, 1^{er} mai 1900, *Académie Goncourt*, S. 1905, 2, 78 ; cass. 12 mai 1902, S. 1905, 1, 137.

1905. L'article 2 interdit aux communes de subventionner aucun culte, soit directement, soit indirectement. On pourrait voir dans le maintien de la charge une subvention indirecte, contraire à la loi de 1905 (1).

Quoi qu'il en soit de la solution de ces questions très délicates, une difficulté plus immédiate s'est élevée. Les communes, propriétaires des presbytères donnés ou légués sous la condition du logement du desservant pouvaient-elles en expulser les prêtres, ou ceux-ci avaient-ils le droit d'être maintenus en possession ?

La compétence du juge des référés n'était pas discutable lorsque la mise en demeure d'évacuer les presbytères avait été faite dans les formes du droit commun (2).

Mais souvent les maires ont procédé par arrêté mettant en demeure le desservant d'évacuer l'immeuble. L'apparition d'un acte administratif, l'arrêté municipal, ne devait-elle pas avoir pour conséquence de rendre le juge des référés incompétent ?

La jurisprudence n'a pas hésité à reconnaître la compétence du juge civil, et l'Administration paraît

(1) Voy. sur cette question note de M. Albert Tissier. Note Sirey, 1907, 2, 257.

(2) Voy. en ce sens Toulouse, référé, 30 avril 1907 ; Troyes, référé, 22 décembre 1906 ; Fontainebleau, référé, 21 mars 1907 ; Melun, référé, 3 mai 1907 ; S. 1907, 2, 257 ; D. 1907, 2, 225.

s'être inclinée (1). En effet, la question de compétence n'était pas ici sérieusement discutable. Il s'agissait de contestations relatives à la portée et à l'exécution des clauses d'actes de donation ou de testaments. Le litige était donc essentiellement privé, et l'arrêté municipal n'avait pas d'autre portée que celle d'une mise en demeure faite par le maire agissant, non comme magistrat municipal, représentant de la puissance publique, mais comme administrateur de la commune considérée en qualité de propriétaire. La forme administrative de la mise en demeure ne pouvait pas soulever d'objection sérieuse, mais elle ne pouvait pas davantage avoir pour résultat de modifier la compétence.

§ 2. — *Hypothèses dans lesquelles le caractère administratif des mesures prises par l'Administration, en suite des lois de séparation, a été reconnu, et la compétence du juge des référés, écartée.*

I. — Le Tribunal des conflits a décidé que l'arrêté par lequel un préfet, agissant en exécution de la loi du 9 décembre 1905 et du décret du 16 mars 1906, met en demeure un évêque d'évacuer les bâtiments de l'évêché par lui occupé, constitue un acte admi-

(1) En ce sens : Melun, référé, 3 mai 1907 ; Troyes, référé, 22 décembre 1906 ; Moulins, référé, 21 mars 1907 ; Fontainebleau, référé, 21 mars 1907 ; S. 1907, 2, 257 ; D. 1907, 2, 225.

nistratif qui échappe à la compétence de l'autorité judiciaire,

Par suite, l'autorité judiciaire, et spécialement la juridiction des référés, est incompétente pour statuer sur la demande de l'évêque, tendant à être maintenu en possession provisoire de l'évêché, nonobstant l'arrêté du préfet (1).

Dans l'espèce de cet arrêt, l'évêque de Nice concluait, par deux motifs, à la compétence de l'autorité judiciaire :

1° Le fait d'occupation des bâtiments de l'évêché de Nice n'avait pu avoir lieu de sa part qu'en vertu d'un acte de droit privé, un contrat de bail ou d'usufruit, et c'était, en conséquence, à l'autorité judiciaire seule, qu'il appartenait de connaître des difficultés d'exécution du contrat de bail ou de l'acte constitutif de l'usufruit ;

2° Au surplus, ajoutait l'évêque de Nice, en vertu de la législation antérieure à l'annexion du comté de Nice (traité du 24 mars 1860), l'évêque était propriétaire de l'évêché comme personne publique ecclésiastique, et la loi de 1905 n'avait pu modifier le traité. La compétence du juge des référés se trouvait encore justifiée par la nécessité de sauvegarder le droit de propriété.

Ces motifs étaient manifestement inopérants. En effet, quant au bail, aucun titre n'était rapporté, et,

(1) Trib.Conflits, 23 mars 1907, évêque de Nice, S. 1907, 3, 134.

quant à l'usufruit, il avait été jugé, avant la loi de séparation, que les évêques n'avaient aucun droit d'usufruit sur les évêchés (1). Comme aucun droit procédant de la législation civile ne pouvait être invoqué, les droits et obligations qui résultaient de l'affectation spéciale de l'évêché échappaient forcément à la connaissance de l'autorité judiciaire. C'est ce qu'a très nettement reconnu M. l'avocat général Feuilleux, dans ses conclusions devant le Tribunal des conflits : « Dans l'espèce, — dit-il, — « l'évêque de Nice se prévalait bien d'un prétendu « droit d'usufruit, droit de nature civile, sur les « locaux de l'évêché, mais il prétendait l'exercer « comme évêque *pro tempore* de ce diocèse, et « comme représentant légal de l'Eglise de l'ancien « comté de Nice. Mais il ne produisait ni titre, ni « contrat de droit commun ayant constitué ce prétendu droit, soit à son profit personnel, soit au « profit des évêques de Nice, *in genere*. De sorte que, « dans la réalité des choses, il ne se prévalait que « d'une qualité ecclésiastique et de son titre d'évêque, « titre absolument étranger au droit civil.... Aucune « question de droit civil n'était à juger, et l'obstacle à « un acte de la puissance publique était certain....(2) »

(1) Voy. Trib. Confl. 14 avril 1883, évêque d'Angers, S. 85. 3, 17, et les conclusions de M. le Commissaire du gouvernement Chante-Grellet.

(2) Conclusions de M. l'Avocat général Feuilleux, sous Trib. des Conflits, précité.

Quant à l'argument déduit de ce que l'évêque était propriétaire de l'évêché en qualité de personne publique, en vertu de la législation antérieure à 1860, il était inadmissible, en présence de la loi de 1905, qui a prescrit la suppression de toutes les personnes morales ecclésiastiques et la dévolution de leurs biens (art. 2, 5 et 8 de la loi). Nous estimons donc que c'est avec raison, qu'en l'espèce, le Tribunal des conflits a reconnu le caractère administratif de l'acte, et écarté la compétence de la juridiction civile et du référé.

II. — L'exclusion de la compétence civile nous paraît, au contraire, discutable, dans l'espèce suivante, à l'occasion de laquelle le Tribunal des conflits a fait également droit aux prétentions de l'Administration.

Aux termes d'un acte notarié du 23 mars 1862, M. Bel, ancien desservant de la paroisse de Combret (Aveyron), avait vendu à la fabrique une parcelle de terre à la condition expresse que «... la terre sera « toujours jouie par les prêtres se succédant et qui « desserviront la paroisse de Combret... »

A la suite de la loi de séparation, deux arrêtés du préfet de l'Aveyron, en date du 14 décembre 1906, placèrent sous séquestre tous les biens de la fabrique de Combret, y compris la terre vendue en 1862 par M. Bel, et transformée en jardin de la cure.

Le 27 septembre 1907, le séquestre consentait aux enchères un bail de ce jardin, et, le 27 octobre sui-

vant, notification était faite au desservant en fonction, abbé Brunet, d'un arrêté préfectoral le mettant en demeure de déguerpir.

Sur cette notification, l'abbé Brunet et un héritier du vendeur assignèrent le séquestre devant le juge des référés de Sainte Affrique pour être maintenus en possession du jardin.

Sur le référé, l'Administration, après rejet du déclinaire, éleva le conflit, et le conflit fut admis par arrêt du Tribunal des conflits, en date du 29 février 1908, motifs pris :

1° De ce que la demande en référé avait pour but de suspendre ou entraver, quant à la disposition de l'immeuble, les mesures prises par le préfet, agissant dans le cercle de ses attributions, pour l'exécution de la loi de 1905;

2° Que si les demandeurs invoquaient les droits qui dériveraient de l'acte de vente du 23 mars 1862, il n'appartenait pas au juge des référés, avant le jugement sur le fond, c'est-à-dire avant la résolution pour inexécution des conditions, de donner provision au titre; que la provision appartenait au contraire, à l'acte administratif (1).

La question était délicate; aussi le Tribunal des conflits s'était-il divisé en deux partis égaux, et, pour les départager, il a fallu appeler le garde des sceaux dans la séance du 29 février 1908.

(1) Trib. Confl., 29 février 1908, S. 1908, 3, 54

Contre la thèse de l'arrêté on peut faire valoir :

1° Qu'il s'agissait d'apprécier des droits dérivant de l'acte de vente du 23 mars 1862, partant, des droits privés résultant d'un acte privé ; que, par suite, les tribunaux civils étaient seuls compétents ;

2° Que la théorie de la provision due au titre est contestable, car, dit M. Hauriou, cette théorie est «..... sous la dépendance d'un certain nombre « d'idées qui vont en s'affaiblissant ou dont le ren- « forcement momentané est tout à fait factice..... » Notamment, le principe de la séparation des pouvoirs «..... n'est plus interprété en ce sens, qu'il y « aurait une sphère de la vie publique qui serait « supérieure à celle de la vie privée ; bien au con- « traire, tout en admettant l'indépendance du droit « public et son autonomie, on tend à reconnaître « que le droit privé est le droit commun, et le juge « privé le juge du droit commun..... (1) »

On peut répondre, pour justifier l'arrêt du Tribunal des conflits, que la théorie de la provision due au titre administratif était justifiée en l'espèce, parce fait que l'acte de vente n'était pas directement exécutoire. En effet, l'héritier du vendeur prétendait à la reprise de l'immeuble ; mais, pour que cette reprise fût légalement possible, il fallait préalablement que la résolution de la vente eût été pronon-

(1) Note Hauriou, sous Trib. Confl., 29 février 1908, S. 1908. 3 p. 51.

cée par les tribunaux civils. La provision due au titre administratif trouvait donc ici un cas d'application particulièrement favorable. Deux titres se trouvaient en présence : l'un, le titre administratif, régulier et susceptible d'exécution immédiate ; — l'autre, le titre privé, soumis dans son exécution éventuelle aux lenteurs et aux aléas d'un procès-civil. On conçoit, dès lors, que le Tribunal des conflits, faisant acte de bonne administration de la justice, ait accordé provision à l'acte qui comportait exécution immédiate.

Au surplus, la théorie de M. Hauriou sur le juge privé, juge de droit commun, même au regard de l'Administration, nous paraît des plus contestables : quoi qu'en dise son auteur, si elle devait prédominer, elle aboutirait inévitablement à la suppression du principe de la séparation des pouvoirs.

Nous avons terminé l'examen des décisions les plus notables de la jurisprudence intervenues sur cette question très délicate de savoir quelle est la limite précise où finit la compétence du juge des référés au regard des prétentions de l'Administration.

Les difficultés de la question expliquent les controverses, parfois passionnées, auxquelles ce sujet a donné lieu, et aussi les flottements de la jurisprudence.

Toutefois, de l'ensemble des discussions et des

décisions de justice, certaines règles intéressantes se dégagent.

Les auteurs et la jurisprudence tendent à se mettre d'accord sur les points suivants :

1° Que le principe de la séparation des pouvoirs, tel qu'il doit être entendu, sous peine d'être supprimé, fait obstacle à la compétence du juge des référés ;

2° Mais que ce principe ne couvre les actes de l'Administration, que sous des conditions qui tendent à se préciser de plus en plus, et qu'on peut formuler au nombre de deux :

α) Que l'Administration agisse dans les limites de la loi et sans violation manifeste de ses dispositions ;

β) Qu'il s'agisse bien réellement d'un acte administratif, c'est-à-dire d'un acte accompli par un fonctionnaire dans le cercle normal de ses attributions administratives (1). Nous avons eu l'occasion d'insister sur cette dernière règle et de nous élever contre la tendance de l'Administration à considérer comme acte administratif tout acte quelconque émanant d'un fonctionnaire accomplissant des actes qui n'ont aucun caractère administratif.

Ainsi résumée à ces justes proportions, l'application du principe de la séparation des pouvoirs laisse

(1) Trib. Confl., 24 nov. 1877, S. 78, 2, 157 ; D. 79, 3, 38 ; 23 nov. 1878, S. 80, 2, 154. D. 79, 3, 38. V. aussi Bass. 16 janv. 1881, S. 81, 3, 305.

encore aux particuliers un usage assez large du référé vis-à-vis des prétentions de l'Administration. Cet usage ne pourra que s'accroître et se préciser avec l'évolution de la jurisprudence que nous avons essayé de dégager.

Vu : le Président de la thèse,
Albert TISSIER.

Vu : le Doyen,
P. CAUWÈS.

Vu et permis d'imprimer :
le Vice-Recteur
de l'Académie de Paris :
pour le Vice-Recteur,
l'Inspecteur de l'Académie,
ISTRIA.

TABLE DES MATIÈRES

TITRE PREMIER

Le référé devant les juridictions civiles d'exception.

Chapitre I. — Tribunaux de commerce	3
Chapitre II. — Justices de paix.	18
Chapitre III. — Juridiction arbitrale	28

TITRE II

Le référé en matière administrative.

Chapitre I. — Incompétence du juge des référés en matière administrative. Fondement juridique de cette incompétence	29
Chapitre II. — Limites d'application du principe de l'incompétence du juge des référés en matière administrative	45
Section I. — Expropriation pour cause d'utilité publique	46
Section II. — Interprétation et exécution des contrats administratifs	49
Section III. — Compétence du juge des référés pour statuer sur les difficultés d'exécution des jugements et actes administratifs	53

Section IV. — Décrets et loi sur les congrégations religieuses	60
§ 1. — Décret du 29 mars 1880	60
§ 2. — Loi du 1 ^{er} juillet 1901	63
Section V. — Applications du référé dans l'exécution des lois sur la séparation des Eglises et de l'Etat	74
§ 1. — Hypothèses dans lesquelles la compétence du juge des référés a été admise . . .	74
§ 2. — Hypothèses dans lesquelles le caractère administratif des mesures prises par l'Administration, en suite des lois de séparation, a été reconnu, et la compétence du juge des référés, écartée	84

SAINT-AMAND (CHER). — IMPRIMERIE BUSSIÈRE.
